

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



**TESIS DOCTORAL**

**Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**Ana Isabel Parés López de Lemos**

DIRECTORA

**Margarita Valle Mariscal de Gante**

**Madrid, 2017**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE  
MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Penal**



**TESIS DOCTORAL**

**Delitos de corrupción en las transacciones  
comerciales internacionales**

**Ana Isabel Parés López de Lemos**

Directora

**Dra. Dña. Margarita Valle Mariscal de Gante**

Madrid, 2015



**A mi madre y a Luis,**

*“La vida es una serie de colisiones con el futuro:  
no es una suma de lo que hemos sido,  
sino de lo que anhelamos ser.”*

**José Ortega y Gasset**



# AGRADECIMIENTOS

En ocasiones resulta difícil entender la importancia de los agradecimientos hasta que no se supera una etapa de lucha en la vida. Durante la elaboración de esta tesis doctoral he tenido la suerte de ser consciente de todas las ayudas recibidas, sin perjuicio de que la falta de tiempo y el aislamiento al que a veces me ha llevado la investigación, me impidieron agradecer la inmensa ayuda y el apoyo en el mismo momento.

Con carácter preeminente, mi agradecimiento va dirigido a mi directora de tesis y los sabios consejos que me ha proporcionado. La comprensión y cercanía que siempre me ha transmitido me han ayudado a reflexionar -sin dar nada por hecho- y a ordenar las ideas para dotarlas de coherencia. Y por encima de todo, le agradezco que me haya empujado a canalizar la motivación y la pasión por el Derecho penal, una materia que antes parecía inconmensurable, debido quizá al arduo ejercicio de la abogacía y a los largos años de oposición. No hubiera llegado hasta aquí de no haber sido por la contribución y dirección de la tesis de la Profesora Valle Mariscal de Gante a quien admiro y aprecio profundamente.

Asimismo, quiero agradecer al Profesor Pedreira González su atención y paciencia, ya que viniendo de un programa antiguo y complejo de doctorado, enseguida me indicó de forma sencilla y diligente todas las pautas necesarias y burocráticas a seguir para encauzar y culminar la tesis doctoral.

Agradezco a los restantes componentes e investigadores del departamento los breves y enriquecedores encuentros que mantuvimos durante la II Jornada de Investigadores del Departamento de Derecho penal.

Todo el esfuerzo, tesón, compromiso y entusiasmo, e incluso angustia en muchas ocasiones, que he tenido que emplear y superar durante la elaboración de la tesis doctoral se ha sustentado gracias a la ayuda de mis allegados, pues han sido los que me han disculpado en todas las demás parcelas de la vida para que pudiese concentrarme en la investigación. Sus deseos de ánimo fueron cruciales para no decaer y compatibilizar la presente tesis doctoral con la vida laboral. Agradezco a mi madre que me transmitiera el entusiasmo por las letras y el buen uso de la pluma; ella es mi auxilio incondicional siempre. Mi marido, Luis, me ha mostrado la necesaria templanza y la fe en mí misma que debo tener, ayudándome en todo momento sin excepción. A mi familia política agradezco la fuerza y también la serenidad que me han ofrecido, en especial Maribel, Quique y Marta. Mis íntimos amigos han contribuido a que sea capaz de llegar hasta aquí. Destaco a Irene e Iñaki que, además de amigos, son admirables compañeros de profesión y me enseñaron a que *como no supe que era imposible, lo hice*. También a Daniel, compañero y mentor. Y a Carmen, que me mostró siempre su visión crítica y periodística de los asuntos de corrupción internacional.

Por último agradezco a todos los demás amigos y compañeros de profesión que, aunque no cite expresamente, han coadyuvado a desarrollar mi capacidad, mis mejores energías y mi dedicación en la tesis.

Todos mis seres queridos que ya se fueron, sé que están a mi lado y que, en silencio y de forma inmaterial, desde arriba me han ayudado a levantarme cada vez que lo he necesitado durante la preparación de esta tesis doctoral.

A la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, donde tantos años invertí estudiando y aprendiendo en aulas y biblioteca; ahí surgió mi amor por el Derecho.

A todos les estoy inmensamente agradecida porque me hayan brindado la oportunidad de presentar mi tesis doctoral.





# ÍNDICE

ÍNDICE.....

ABREVIATURAS.....

BIBLIOGRAFÍA DESTACADA ..... i

INTRODUCCIÓN..... 1

Introduction..... 13

CAPÍTULO I CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DE LA CORRUPCIÓN Y  
DEL COHECHO ..... 25

A) Breve referencia metapenal de la corrupción en un marco histórico,  
económico y jurídico global ..... 25

B) Aproximación conceptual e histórica de la figura delictiva cohecho y su  
regulación a partir de la codificación..... 44

CAPÍTULO II COMPROMISOS INTERNACIONALES Y NACIONALES PARA  
COMBATIR LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL ..... 55

A) Iniciativas normativas internacionales..... 57

a.1. Primeros actos normativos anti-corrupción a nivel mundial: Foreign  
Corrupt Practices Act 1977 ..... 57

a.2. Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas  
el 29 de marzo de 1996 ..... 61

|  |     |
|--|-----|
| a.3. Convenio para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, 17 de diciembre de 1997 en París de la OCDE ..... | 64  |
| a.4. Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, adoptada en julio 2003 .....  | 70  |
| a.5. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: Convención de Mérida de 2003.....   | 72  |
| B) Iniciativas normativas en la Unión Europea.....   | 80  |
| C) Ratificación de España de los documentos internacionales y desarrollo normativo.....  | 98  |
| c.1. LO 3/2000 que modifica el CP .....  | 100 |
| c.2. LO 15/2003 que modifica el CP .....   | 102 |
| c.3. LO 5/2010 que modifica el CP.....   | 103 |
| c.4. LO 1/2015 que reforma el CP.....  | 105 |
| c.5. Ley de Transparencia 19/2013.....   | 106 |
| c.6. Legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales.....   | 109 |
| c.7. Evaluaciones en materia de trasposición normativa y lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros .....  | 111 |

### CAPÍTULO III ANÁLISIS DEL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES..... 121

|  |     |
|--|-----|
| A) El bien jurídico protegido .....  | 121 |
| a.1. Lesión de intereses colectivos en la corrupción .....   | 123 |
| a.2. Principios informadores que inspiran el bien jurídico protegido de los delitos de corrupción .....    | 130 |
| a.3. Bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos .....  | 136 |
| a.4. Bien jurídico protegido en la corrupción privada.....   | 139 |
| a.5. Bien jurídico protegido del delito de cohecho y su paralelismo con los delitos del art. 286 ter ..... | 144 |

|  |     |
|--|-----|
| a.6. Bien jurídico protegido en la corrupción de las transacciones comerciales internacionales.....                        | 155 |
| a.6.1 Naturaleza semipública del bien jurídico protegido.....  | 156 |
| a.6.2 Pluriofensividad del bien jurídico protegido .....   | 162 |
| a.6.3 Síntesis sobre los intereses jurídicos que componen el bien jurídico protegido de los delitos del art. 286 ter ..... | 167 |
| B) Elementos objetivos del tipo de injusto .....   | 171 |
| b.1. Sujeto activo .....   | 171 |
| b.1.1. Naturaleza jurídica del delito desde la óptica de los sujetos .....   | 171 |
| b.1.2. Personas físicas .....  | 175 |
| b.1.3. Personas jurídicas .....  | 178 |
| b.2. Funcionario público .....   | 185 |
| b.2.1 Funcionario público español.....   | 185 |
| b.2.2 Funcionario público extranjero .....   | 190 |
| b.3. Sujeto pasivo .....   | 201 |
| b.4. Objeto material.....  | 203 |
| b.4.1. Dádivas como beneficio o ventaja indebidos .....  | 205 |
| b.4.2 Definición de beneficio o ventaja indebidos.....   | 209 |
| b.4.3. Destinatario del beneficio o ventaja indebidos .....  | 214 |
| b.5. Medios y modos comisivos.....   | 217 |
| b.5.1. Medios comisivos .....  | 217 |
| b.5.2. Modos de comisión .....   | 220 |
| a) La corrupción al funcionario público:.....  | 223 |
| b) Mediante persona interpuesta .....  | 226 |
| c) Corrupción del particular que atendiere las solicitudes del funcionario público extranjero.....                         | 230 |
| d) Contraprestación del funcionario público extranjero.....  | 232 |
| C) Elementos subjetivos del injusto .....  | 249 |

|  |     |
|--|-----|
| c.1. Dolo.....   | 249 |
| c.2. Error.....  | 256 |
| - Error de prohibición .....   | 262 |
| D) Iter Criminis .....   | 264 |
| d.1. Consumación .....   | 265 |
| d.2. Tentativa .....   | 268 |
| d.2.1. Desistimiento .....   | 274 |
| d.2.2 Tentativa inacabada .....  | 276 |
| d.3. Actos preparatorios.....  | 280 |
| d.4. Conductas neutrales .....   | 287 |
| E) Autoría y participación .....   | 293 |
| e.1. Responsabilidad penal de la tercera persona interpuesta .....   | 299 |
| e.2. Impunidad del funcionario público y del destinatario del beneficio o<br>ventaja indebida conforme al art. 286 ter .....                     | 305 |
| e.3. Responsabilidad de los sujetos que actúan en el seno de las personas<br>jurídicas y responsabilidad de las personas jurídicas .....         | 307 |
| e.3.1. Sujetos que actúan dentro de la persona jurídica .....  | 307 |
| e.3.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.....  | 315 |
| F) Penas y Concursos .....   | 326 |
| f. 1. Penas .....  | 326 |
| f.1.1. Reformas legislativas y regulación actual de las penas del delito de<br>corrupción en las transacciones comerciales internacionales ..... | 326 |
| f.1.2. Circunstancias modificativas que atenúan la responsabilidad penal<br>de los sujetos activos en los delitos del art. 286 ter .....         | 334 |
| f.1.3. Agravaciones específicas de las penas para el art. 286 ter .....  | 342 |
| f.1.4. Penas accesorias comunes para los delitos de corrupción en los<br>negocios.....   | 345 |
| f. 1.5. Decomiso .....   | 349 |

|  |     |
|--|-----|
| f.1.6. Breve referencia a la responsabilidad civil ex delicto .....                                | 352 |
| f.1.7. Prescripción.....   | 354 |
| f.2. Concursos .....   | 357 |
| f.2.1. Concurso de delitos.....  | 358 |
| - Breve referencia al delito continuado y al delito masa.....                                      | 362 |
| f.2.2. Concurso de normas .....  | 366 |
| <br>CAPÍTULO IV REFERENCIA A LAS CUESTIONES PROCESALES.....  | 373 |
| A) Normas relativas a la extensión de la jurisdicción de los tribunales penales<br>españoles ..... | 374 |
| B) <i>Notitia criminis</i> y ejercicio de las acciones penales .....                               | 384 |
| C) Cooperación jurídica internacional.....   | 392 |
| c.1. Comisión rogatoria y Orden Europea de Detención y Entrega .....                               | 395 |
| c.2. Extradición.....  | 398 |
| <br>CONCLUSIONES.....  | 401 |
| <br>BIBLIOGRAFÍA .....   | 419 |
| <br>ANEXO I TEXTOS LEGISLATIVOS.....   | 449 |
| <br>ANEXO II RECURSOS ELECTRÓNICOS.....  | 465 |



## ABREVIATURAS

|               |   |
|---------------|---|
| ADPCP         | Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales   |
| ADCP          | Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario   |
| AIDP          | Asociación Internacional de Derecho Penal   |
| Art.          | Artículo  |
| a.C.          | Antes de Cristo   |
| AAVV          | Autores varios  |
| CC            | Código Civil  |
| CCom          | Código de Comercio  |
| CCI           | Cámara de Comercio Internacional  |
| CEPOL         | Escuela Europea de Policía  |
| CGPJ          | Consejo General del Poder Judicial  |
| CICC          | Convención Interamericana contra la Corrupción  |
| CE            | Constitución española   |
| Convenio OCDE | Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales |



|                      |  |
|----------------------|--|
| Convenio de la UE    | Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea |
| Convenio del Consejo | Convenio penal contra la corrupción  |
| coord.               | Coordinador/a  |
| coords.              | Coordinadores  |
| codirs.              | Codirectores   |
| CP                   | Código Penal   |
| CEPOL                | Escuela europea de policía   |
| d.C.                 | Después de Cristo  |
| dir.                 | Director/a   |
| dirs.                | Directores   |
| DOCE                 | Diario Oficial de las Comunidades Europeas   |
| DOUE                 | Diario Oficial de la Unión Europea   |
| EEUU                 | Estados Unidos de América  |
| Ed.                  | Editorial  |
| Eds.                 | Editoriales  |
| FCPA                 | Foreign Corrupt Practices Act  |
| GRECO                | Grupo de Estados contra la Corrupción (Consejo de Europa)  |
| GMC                  | Grupo Multidisciplinar contra la Corrupción  |

|          |  |
|----------|--|
| LECRIM   | Ley de Enjuiciamiento Criminal                         |
| LO       | Ley Orgánica   |
| LOPJ     | Ley Orgánica del Poder Judicial                        |
| ONU      | Organización de las Naciones Unidas                    |
| OCDE     | Organización de Cooperación y<br>Desarrollo Económico  |
| OLAF     | Oficina Europea de Lucha contra el<br>Fraude           |
| Op. Cit. | Obra citada  |
| p.       | página   |
| pp.      | páginas  |
| RA       | <i>Rechtanswalt</i> , abogado                          |
| RAE      | Real Academia de la Lengua Española                    |
| RDPC     | Revista de Derecho Penal y<br>Criminología             |
| RECPC    | Revista Electrónica de Ciencia Penal y<br>Criminología |
| ss.      | siguientes   |
| SEC      | Comisión de Valores y Bolsas de los<br>Estados Unidos  |
| S.       | Siglo  |
| STC      | Sentencia del Tribunal Constitucional                  |
| SSTC     | Sentencias del Tribunal Constitucional                 |
| STS      | Sentencia del Tribunal Supremo                         |
| StGB     | <i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemán)           |

|            |   |
|------------|---|
| TI         | Transparencia Internacional   |
| TS         | Tribunal Supremo  |
| TC         | Tribunal Constitucional   |
| TUE        | Tratado de la Unión Europea   |
| UCM        | Universidad Complutense de Madrid   |
| UE         | Unión Europea   |
| UNCAC      | Convención de las Naciones Unidas<br>contra la corrupción   |
| Vid.       | Véase   |
| Vid. Infra | Véase después   |
| Vid. Supra | Véase antes   |
| ZStW       | <i>Die Zeitschrift für die gesamte<br/>Strafrechtswissenschaft</i> (Revista de la<br>Ciencia Pena |

## BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir); MANJÓN CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

ARROYO ZAPATERO, L. A. y NIETO MARTÍN, A., *El Derecho penal Económico en la Era Compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2012

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., *Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales*, Revista de Ciencias Penales (RCP), Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 4, 2001 y 2002 (pp. 9 a 29)

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 445 del Código Penal) (1)*, La Ley, año XXVIII, nº 6740, 21 de Junio de 2007 (pp. 199 a 223)

FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte General*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 9ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011

MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y AAVV, *Estudios sobre el Código penal reformado lo 1/2015*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, 20ª edición completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 9ª edición revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

OLAIZOLA NOGALES, I., *Delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.); VILLACAMPA ESTIARTE, C.; VALLE MUÑIZ, J. M.; QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M.; TAMARIT SUMALLA, J. M.; GARCÍA ALBERO, R.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 5ª edición, Ed. Aranzadi, Elcano, 2005

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y AAVV, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y AAVV, *Comentario a la Reforma de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015

TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal Económico, Parte General y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Eds. de Derecho Reunidas Edersa, Madrid, 1996



# INTRODUCCIÓN

En el contexto socioeconómico de armonización legislativa- entendida como un proceso impulsado por el legislador para lograr la unificación de sistemas jurídicos-, se inscribe la realidad político-económica europea y española, donde las transacciones comerciales internacionales y las defraudaciones, y en especial la corrupción, han sido una tradición de interés exclusivo del derecho interno, al igual que su punibilidad y tipicidad. Ahora, sin embargo, ante la globalización de las relaciones comerciales resulta de mayor facilidad su comisión por haberse implantado el elemento transnacional de forma expansiva y, por ende, la corrupción con agentes públicos extranjeros y aquella que ataca al correcto funcionamiento del tráfico económico internacional. La corrupción viene siendo un fenómeno histórico, social y político que hoy afecta tanto al sector público como al privado.

Surge la preocupación a nivel internacional, y en consecuencia también a nivel nacional, por combatir y erradicar las conductas delictivas de la corrupción, que van evolucionando más rápido que la propia previsión legislativa de su castigo y represión. Aquí se aborda una corrupción que se erige desde la vertiente pública mediante la intervención de un funcionario público, para atacar el sector privado en el plano supranacional. El riesgo de una comisión generalizada reside en que, debido a su reiteración y su desarrollo dentro de la opacidad entre los huecos de lo público y lo privado en el ámbito internacional, corre el peligro de convertirse en sistémica,<sup>1</sup> lo cual dificulta enormemente su lucha y erradicación. La criminalidad organizada o más bien la criminalidad de empresa es aquella

---

<sup>1</sup> IGLESIAS RÍO, M. A. y MEDINA ARNÁIZ, T., "Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de Unión Europea" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, AAVV, edición 2004, T. II, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo (Uruguay), 2004, p. 906



que, con tintes políticos, actúa en el plano transnacional entre dichos sectores, el público y el privado. Las dificultades para su persecución han de buscarse en la relevancia social que adquieren los hechos delictivos, en el estatus socio-económico de los sujetos, así como en los concursos de delitos que oscurecen su detección y facilitan su impunidad. Todo ello impele el contexto idóneo para profundizar en el estudio crítico de las figuras delictivas aquí tratadas.

El soborno de funcionarios públicos de otros Estados en el transcurso de operaciones comerciales internacionales es un hecho habitual en el seno de grandes empresas multinacionales, si bien solo los casos de mayor alcance adquieren repercusión mediática. Ejemplo de ello fue ALSTOM, empresa francesa de energía y transporte, a la que se declaró culpable de cohecho transnacional por el complejo complot de corrupción y sobornos en múltiples países –entre ellos Indonesia, Arabia Saudí, Egipto y las Bahamas–, que llevaron a cabo sus empleados y altos directivos. Tanto la empresa matriz ALSTOM como sus filiales sobornaron a funcionarios públicos para conseguir la aprobación de cuentas y registros falsificados, con el objetivo de lograr la adjudicación de proyectos de energía y transporte de entidades públicas. La multinacional intentó inicialmente ocultar la trama de sobornos contratando a intermediarios que actuaron como supuestas consultorías.<sup>2</sup>

Otro caso de gran trascendencia relacionado con el soborno transnacional fue el que protagonizó la multinacional SIEMENS por los sobornos que realizó a funcionarios públicos argentinos. La licitación pública convocada en 1996-1998 por el gobierno argentino incluía la impresión de nuevos documentos nacionales de identidad, de padrones electorales y la informatización de los pasos fronterizos. El concurso se adjudicó a SIEMENS AG gracias a determinados pagos

---

<sup>2</sup> Caso de ALSTOM, noticia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, publicada el (22/12/2014); <http://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery> (4/10/2015)

realizados por empleados de la compañía, con el propósito de ganar la licitación y evitar más tarde la rescisión de los contratos adjudicados.<sup>3</sup>

Hoy día, la corrupción representa un asunto económico con incidencia en la competitividad dentro de la economía global y en la eficacia de los proyectos de inversión y de desarrollo en todo el mundo.<sup>4</sup> Por esta razón, el estudio del cohecho internacional resulta de suma importancia para poder valorar el alcance concreto de su impacto negativo en los sistemas democráticos, en las economías de mercado del mundo occidental y, en especial, en España. Las consecuencias generales de la corrupción trascienden el ámbito internacional y repercuten, a su vez, sobre los ámbitos nacional y local. De ahí que resulte imprescindible revisar si, en materia penal y según los principios de nuestro Ordenamiento Jurídico, se están utilizando todos los mecanismos al alcance o si las medidas adoptadas son suficientes.

El incremento de este tipo de corrupción y de delitos naturales justifica la necesidad de acotarlos desde una perspectiva nueva de la política criminal, aunque las reformas acometidas hayan sido estrictamente de derecho positivo, sin llegar a ahondar en una lucha multidisciplinar contra la corrupción y relegando la intervención del Derecho penal a la *ultima ratio*, como verdaderamente debería ser. En cualquier caso, se trata de alcanzar estrategias globales de asunción y refuerzo de la integridad, así como de lograr el intercambio de prácticas mejores y garantías institucionales. La meta es conseguir

---

<sup>3</sup> Caso de sobornos de SIEMENS a funcionarios públicos en Argentina; <http://www.elmundo.es/america/2011/12/13/economia/1323799595.html?a=a4cb5be5cdb20a9b2f10e6b8c7a1d217&t=1323806396&numero=>; también: [http://internacional.elpais.com/internacional/2011/12/13/actualidad/1323807369\\_364426.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2011/12/13/actualidad/1323807369_364426.html); <http://www.lavanguardia.com/economia/20151001/54437789523/ex-alto-cargo-de-siemens-en-argentina-se-declara-culpable-de-soborno-en-ee-uu.html>; y <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/korruptionen-verdacht-siemens-soll-menem-bestochen-haben-1.582405> (4/10/2015)

<sup>4</sup> ROSE ACKERMANN, S., *Corruption: A study in Political Economy*. Academic Press. University of Yale, New York, 1978, pp. 25 a 59

que las decisiones en el sector público se adopten exclusivamente en función del interés público y afecten, además, al sector privado para evitar las desviaciones de su correcto funcionamiento, lo que sin duda atañe a la igualdad de todos los agentes económicos y a los intereses públicos.

Los instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción no han logrado todavía instaurar una cultura contra la misma. Se hace necesaria la implicación de los gobiernos, los funcionarios, las empresas y la sociedad civil que, por ahora, no es ni de lejos suficiente o satisfactoria. En este sentido caben destacar las conclusiones publicadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, donde se pone de manifiesto que 20 de los 34 países evaluados, ratificadores de la Convención Contra el Soborno Transnacional del año 1997, no han implantado correctamente dicha Convención ni están manteniendo sus compromisos anticorrupción.<sup>5</sup> El combate anticorrupción se ha centrado principalmente en proteger y garantizar los intereses financieros en los sistemas democráticos, pero se ha olvidado de la visión humanitaria<sup>6</sup> y, lo que es aún más importante, apenas ha puesto énfasis en la prevención especial de estas formas delictivas.

La enormemente variada y dispersa casuística de las conductas corruptas y la insuficiente tipificación penal y procesal justifican el interés y la atención en la presente investigación. Se trata de un grave problema económico, social, político y moral, especialmente en muchos países emergentes, que afecta de forma singular a las empresas a través de las transacciones internacionales, tanto comerciales como financieras o tecnológicas. De ahí que en los últimos años se

---

<sup>5</sup> <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2012.pdf> (10/09/2014)

<sup>6</sup> Entendida esta visión humanitaria como la necesidad de que los instrumentos internacionales contemplen la quiebra del principio de igualdad respecto a los ciudadanos y a los países subdesarrollados para acceder en igualdad de condiciones a los bienes y servicios del mercado comercial y económico internacional, el cual se ve alterado por quienes han logrado a través de un soborno a un funcionario público una ventaja competitiva indebida.

hayan multiplicado las acciones internacionales para hacer frente al problema de la corrupción, tal como se irá desgranando a lo largo de esta exposición, desde sus orígenes transatlánticos hasta sus proyecciones europeas. La ilicitud del tipo de transacciones a analizar proviene de conductas fraudulentas que corrompen los principios de la seguridad jurídica nacional y supranacional, al objeto de conseguir fines particulares contrarios al bien común y a la seguridad colectiva.

#### *A) Contenido y desarrollo expositivo*

En la presente investigación se explica que los tiempos actuales se caracterizan por la superación de lo que podría denominarse la primera etapa mundial de la lucha contra la corrupción internacional, lo cual supone que el contenido de la normativa internacional equivale a una ley de bases, y que la misma requiere una mayor precisión a fin de lograr su aplicación eficaz en cada Estado. A lo largo de esta tesis doctoral se demuestra que precisamente la falta de coerción y rigurosidad a nivel nacional restan vigor y tenacidad a todos los esfuerzos internacionales en la lucha contra la corrupción.

El incremento de los delitos de corrupción internacional se debe, entre otras razones, a una degenerativa privatización de muchos servicios públicos, lo que ha generado falta de claridad en la delimitación de la función pública y la función privada. Asimismo, hay que incidir en el aumento global de las transacciones comerciales internacionales en el campo financiero, muchas de ellas fraudulentas. Habitualmente, la corrupción dentro del sector privado en sus relaciones con el sector público se lleva a cabo a través del soborno y de las transacciones comerciales internacionales, las cuales constituyen un convenio, es decir, un acuerdo de voluntades entre dos agentes distintos, quienes en ocasiones pueden transigir en sus posturas y criterios para lograr, de esta forma, bien un

fin común, bien una contraprestación en el ámbito comercial o supranacional. A través de la voluntad política de los distintos líderes, España se ha esforzado en aprovechar la capacidad institucional para poner en práctica las medidas recomendadas por los organismos internacionales y por la Unión Europea, a fin de lograr una transparencia pública y un compromiso responsable con la sociedad. En consonancia con lo anterior, sorprende en extremo que no existan apenas casos de condena en España por el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, y que el Informe del Grupo de Trabajo de la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico<sup>7</sup> para España ponga de relieve multitud de vacíos legislativos en la regulación de la materia y del injusto, los cuales, como se irá viendo en este trabajo, no han sido paliados en su totalidad mediante la nueva introducción y cambio de ubicación sistemática del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Las transacciones comerciales internacionales como tipología de conductas corruptas constituyen delitos en evolución hacia otras formas de comisión cada vez más intrincadas. El soborno es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, si bien el eje fundamental o nexo de unión lo constituye la presencia de un servidor público. He ahí la gravedad de las consecuencias: el surgimiento de serias complicaciones de carácter moral y político, y la destrucción del buen gobierno y el desarrollo económico, amén de la distorsión de las condiciones competitivas internacionales. La corrupción con agentes públicos extranjeros es una realidad que se nutre de las lagunas legislativas para lograr la impunidad en España respecto a los requisitos para su persecución, a

---

<sup>7</sup> Informes sobre la implementación en España del Acuerdo de la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros de 1997, en diciembre 2012; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf> (20/6/2015), en diciembre 2014; <http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>; y en marzo 2015 <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spain-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-EN.pdf> (4/10/2015)

los problemas de autoría y participación que existen en las empresas multinacionales, y a la utilización de terceros intermediarios, dado que en España no existe la tipificación de la corrupción pasiva de tales conductas. Por otra parte, quizá igual de destacable es el hecho de que estas infracciones penales se inscriben en la tendencia armonizadora de ámbito internacional, cuya pretensión consiste en avanzar hacia un Derecho penal único.

En España, la armonización legislativa entre las normas internacionales y los derechos internos en lo referente al Derecho comunitario no ha llegado al término deseado; se encuentra todavía mal lograda, y ello a pesar de que se han llevado a cabo grandes esfuerzos y algunos avances en materia de la lucha contra la corrupción internacional. La razón debe buscarse en que la última reforma del Código Penal<sup>8</sup> vuelve a despertar nuevos interrogantes sobre la perspectiva del análisis de los elementos típicos y del bien jurídico protegido en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Tal como se irá detallando, el estudio analítico del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, regulado en el nuevo artículo 286 ter del Código Penal, ha precisado que debe seguirse una cronología histórica desde el nacimiento de la corrupción como soborno hasta la evolución del delito de cohecho transnacional y su regulación internacional – reflejado en el Capítulo I y II-, con el fin de lograr una interpretación contextual de todos los elementos típicos -desarrollados en el Capítulo III. Los antecedentes históricos y legislativos del soborno definen el carácter y costumbrismo del legislador español; ello conduce a explicar la línea secuencial seguida en las reformas legislativas de estos delitos. Dichos antecedentes, junto con los elementos novedosos introducidos en la última reforma penal de la LO 1/2015, también han de interpretarse a la luz de

---

<sup>8</sup> LO 1/2015 por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 77 de 31 de marzo de 2015

los instrumentos internacionales ratificados por España, en concreto: el Convenio de París de la Organización a la Cooperación del Desarrollo Económico del año 1997, la Convención de Mérida de la Organización de las Naciones Unidas del año 2003, y el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1996. Las iniciativas legislativas internacionales merecen una digna valoración conforme a la casuística actual de los delitos de corrupción, desde una posición político criminal y a la vista de que los delitos en cuestión carecen de antecedentes legislativos.

Con relación al análisis del tipo de injusto, la traslación de la ubicación sistemática en el Código Penal de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales ha marcado un hito para la interpretación del bien jurídico protegido. A partir de la definición del mismo, se estudiará el resto de elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito para poder, luego, valorar las penas y las cuestiones procesales -contempladas en el Capítulo IV. A modo de corolario, se finaliza la presente investigación con una síntesis crítica de las conclusiones extraídas de todo lo anteriormente expuesto.

### *B) Objetivos generales y especiales*

Los objetivos generales de esta tesis doctoral indagan en la evaluación de la suficiencia normativa para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales desde el ámbito penal, y con relación a la trasposición en España de las iniciativas normativas internacionales.

La aspiración general de la presente investigación persigue aportar una visión jurídica de la corrupción internacional con un funcionario público y darle cabida dentro del amplísimo escenario actual en el que se desarrolla, partiendo

de los condicionantes historicistas, sociales, económicos y políticos hasta llegar a su inserción en nuestro Ordenamiento Jurídico pasado y presente. La sensibilización en los tiempos actuales en torno a la corrupción, en sentido amplio, conduce al deber de evaluarla en sus aspectos de mayor controversia legal y concurrentes en la comisión del hecho corrupto. Todo ello sin menoscabo de las posteriores -y deseables- interpretaciones y reformas a las que dé lugar la materia.

Conviene reiterar que la aproximación al concepto de la corrupción conlleva diversas ópticas -histórica, social, económica y jurídica- y ello provoca precisamente que la represión de las conductas corruptas varíe según la época y la sociedad donde se implanta. Sin embargo, gracias a los instrumentos internacionales en esta materia, se ha podido impulsar a nivel nacional la definición de nuevas figuras delictivas corruptas con agentes públicos extranjeros. El contenido de los documentos internacionales comporta una gran relevancia, pues resulta evidente que se trata de unos delitos que atacan al correcto funcionamiento del mercado internacional, y tales instrumentos internacionales configuran la base sobre la que asentar el desarrollo legislativo posterior, cuya finalidad no es otra que la conseguir una unificación de criterios en la lucha contra la corrupción internacional.

La pretensión última de esta tesis doctoral se centra en incidir en la necesidad nacional de una mejora técnica en la regulación multidisciplinar contra la corrupción penal, que llegue a aflorar en España o se desarrolle por españoles y logre traspasar las fronteras nacionales, concretamente en lo que a la modalidad del cohecho transnacional se refiere. La indiscutible necesidad de progresar en las medidas de represión contra el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales comporta un análisis profundo, ya que es un delito poco conocido pero común y su tipificación penal y enjuiciamiento criminal



adolecen de ciertas lagunas legislativas.

Los objetivos particulares aquí pretendidos vienen a concentrarse en la ejecución de una investigación crítica conducente a un análisis evaluativo sobre la calidad técnica de la regulación de estos delitos de corrupción internacional o transnacional en los negocios, con anterioridad a la última reforma penal de 2015, sobre cuya aplicabilidad se realizará igualmente un análisis asertivo.

La brecha e interconexión, a la vez, del sector público con el sector privado produce que todo el análisis concluya en criterios heterogéneos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El bien jurídico protegido de estos delitos es pluriofensivo y de naturaleza semipública, supraindividual y ataca, en primera línea, al correcto funcionamiento del mercado, sin olvidar que los elementos del tipo objetivo de estos delitos guardan un paralelismo innegable con el delito tradicional de cohecho de carácter estrictamente público. La presencia de un funcionario público y su imprescindible intervención para lograr la finalidad del delito provoca que el bien jurídico, en segunda línea, se corresponda con la protección a la función pública. Se trata de un injusto variopinto que congrega una multitud de elementos típicos entre sí; ello justifica que se realice un análisis secuencial, comenzando por el examen de la nueva ubicación en el Código Penal, que lo califica como un delito socioeconómico, y repasando la antigua ubicación, que lo caracterizaba como un delito contra la Administración Pública. A continuación se proseguirá con la observación crítica de la adecuación técnica del tipo objetivo y subjetivo y las penas de este injusto.

### *C) Metodología*

En la investigación de la presente tesis doctoral se ha empleado el método

deductivo, partiendo del estudio de los instrumentos internacionales que impulsaron la introducción del tipo delictivo objeto de análisis: los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Inmediatamente después seguirá el estudio riguroso de las reformas legislativas que han afectado a este injusto y, para finalizar, la consulta de monografías y manuales. Las monografías consultadas, salvo unas pocas, versan en su mayor parte sobre la corrupción penal. Los manuales empleados para la presente investigación corresponden a la parte general y a la parte especial del Derecho penal, si bien en ocasiones se citarán distintas ediciones de una misma obra. Ello ha sido necesario para poder plasmar toda la evolución interpretativa que han sufrido estos delitos con motivo de las tres reformas legislativas que han tenido lugar. La escasez de obras específicas que se ocupen del estudio de estos ilícitos y la insensibilización por el interés de esta figura penal se debe a las siguientes razones: la corta antigüedad de la tipicidad de delitos analizados en el Ordenamiento Jurídico penal español; la complejidad de su estructura; la pluriofensividad de su bien jurídico protegido; y, por último, la carencia de jurisprudencia de referencia.

Por tales motivos, se ha hecho necesario relacionar todo el estudio de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales con el análisis de los clásicos delitos de cohecho, pues no solo guardan un paralelismo estructural, sino que además, con anterioridad a la última reforma del Código Penal de 2015, ambos tipos de injusto se ubicaban en el Título XIX del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la Administración Pública. La tradición histórica y la ubicación sistemática del cohecho transnacional, precisamente, justifican este análisis comparativo. A falta de sentencias sobre el cohecho transnacional, se ha examinado la jurisprudencia relativa al cohecho y sus elementos típicos, los cuales son extrapolables a la comisión de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por personas jurídicas.

A todo ello debe sumarse el repertorio de los recursos electrónicos consultados, relativos no solo a legislación internacional, sino a artículos de opinión jurídica y, en su caso, a temas jurídicos de actualidad relacionados con la corrupción penal. Por último, y debido a que ésta es una investigación de la parte especial del Derecho penal, ha resultado necesario plantear numerosos casos hipotéticos para una mejor comprensión crítica de los elementos típicos del delito.

# Introduction

The European and Spanish political and economic reality stands circumscribed within the socioeconomic context of legal harmonization, which has to be understood as a process driven by legislators to achieve the legal system unification. In this reality, international commercial transactions and fraud, especially corruption, have been a tradition of the exclusive internal law interest, together with their punishment and classification. Now however, facing the globalization of commercial relationships, it seems to be much easier to commit these acts due to the transnational aspect of transactions, and as a consequence, it is also more frequent and achievable the corruption of foreign public servants and the corruption that hinders the proper functioning of the international economic trade. Corruption is a historical socio-political phenomenon that affects both public and private sectors.

International initiatives have arisen (and consequently national ones as well) in order to fight and eradicate these criminal practices that evolve faster than legal provisions for their punishment and prosecution. This type of corruption originates from its public aspect by means of the involvement of a public servant who harms the private sector at a supranational scope. The risk that arises from a generalized execution of these activities consists of the danger of reaching a systemic level, due to their reiteration and their development in the opaque niches between international public and private sectors<sup>9</sup>. These factors increase the difficulty of fighting and eradicating those aforementioned practices. Organized crime, or enterprise crime acts more correctly, involves political

---

<sup>9</sup> IGLESIAS RÍO, M. A., MEDINA ARNÁIZ, T., *Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de Unión Europea*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T.II, México, 2004, p. 906

overtones at the transnational level between the public and private sectors. The obstacles to their prosecution can be found in the social relevance and socio-economic status of suspected individuals, in addition to the convergence of crimes that obscure their detection and facilitate their impunity. This favours an ideal context to delve into the critical analysis of these criminal practices.

Foreign official bribery during international commercial transactions arises very often in big multinational companies, although only the most scandalous cases acquire a media impact. For example, ALSTOM, a French power and transportation company, pleaded guilty to international bribery charges related to a widespread corruption and bribery scheme in countries around the world, including Indonesia, Saudi Arabia, Egypt and the Bahamas, that had been committed by several executives and employees. ALSTOM and its subsidiaries had paid bribes to government officials and had counterfeited books in order to secure power and transport-related projects with state-owned entities. That multinational company also attempted to conceal the bribery scheme by retaining consultants purportedly to provide consulting services on behalf of ALSTOM and its subsidiaries, but actually they served as conduits for corrupt payments to the government officials<sup>10</sup>.

SIEMENS holding enterprises has been in the spotlight due to transnational bribery as well, when it became known that SIEMENS had bribed Argentine officials in exchange for favorable business treatment in connection with a \$1 billion national identity card project. The project was awarded to SIEMENS thanks to those payments made by some of its employees to Argentine officials, who had not only favoured SIEMENS AG but also avoided later the extinction of the

---

<sup>10</sup> Alstom Case, United States Department of Justice press note, published (22/12/2014); <http://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery> (4/10/2015)

awarded contracts<sup>11</sup>. Similar activities had been carried out by different SIEMENS subsidiaries in many other countries.

Nowadays the corruption criminality impacts the competitiveness of the global economy and the effectiveness of investment and development projects all over the world.<sup>12</sup> Thus, the analysis of international bribery becomes a crucial asset for evaluating the exact scope of its impact among democratic systems, the market economy of our western world and especially Spain. General consequences of corruption pervade the international sphere and they also meet the national and local levels. For that reason, it is of high significance to discern, according to criminal law and following our legal system, if all available mechanisms at hand are being utilized in its totality and if taken measures are being adopted in their largest extend or even if there are sufficient measures.

The increase of this type of corruption and natural crimes justifies the need to delimit them from a new perspective of criminal policy, although the deployed reforms are strictly within positive law, without researching deeper into a multidisciplinary fight against corruption nor limiting the intervention of Criminal Law to *ultima ratio*, as should be the case. In any circumstance, global strategies that assume and reinforce integrity should be pursued, as well as the exchange of best-practices and institutional guarantees. The ultimate goal is to reach a state where decision making in the public sector is directed exclusively by public interest, avoiding deviations in the proper operation of the private

---

<sup>11</sup> SIEMENS bribery case with Argentine public officers;  
<http://www.elmundo.es/america/2011/12/13/economia/1323799595.html?a=a4cb5be5cdb20a9b2f10e6b8c7a1d217&t=1323806396&numero=>;  
[http://internacional.elpais.com/internacional/2011/12/13/actualidad/1323807369\\_364426.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2011/12/13/actualidad/1323807369_364426.html);  
<http://www.lavanguardia.com/economia/20151001/54437789523/ex-alto-cargo-de-siemens-en-argentina-se-declara-culpable-de-soborno-en-ee-uu.html>; and  
<http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/korruption-verdacht-siemens-soll-menem-bestochen-haben-1.582405> ( 4/10/2015)

<sup>12</sup> ROSE ACKERMANN, S., *Corruption: A study in Political Economy*. Academic Press. University of Yale, New York, 1997, pp. 25 to 59

sector, which undoubtedly affects the equality of all the economic actors and the public interest.

International instruments to fight corruption haven't achieved the implementation of a social culture against it. The necessity of entailing governments, officials, companies, and society is currently insufficient and far from satisfactory. In that sense, the conclusions published by the Organization for Economic Cooperation and Development are remarkable: out of the 34 evaluated countries (all of them had ratified the 1997 Anti-Bribery Convention), 20 haven't deployed the aforementioned Convention correctly, nor they still hold their own anti-corruption commitments<sup>13</sup>. The fight against corruption has focused mainly in protecting and guaranteeing the financial interests of democratic systems, but unfortunately the humanitarian aspect has been set aside<sup>14</sup>, and even more important, it has been limited the stress in the special prevention of this type of crime.

The varied and disperse casuistry of corrupt conducts and the insufficient criminal and procedural typification do justify the interest of this research. It is a serious economic, social, political and moral problem, especially in many emerging nations, and it is hampering companies particularly via international transactions in both commercial and financial/technological nature. Therefore international commitments and efforts have been increased during the last few years in order to combat the problem of corruption. This research paper exhibits those efforts, from their transatlantic origin to their European projection. The illegality of categorized transactions, here under analysis, is being originated from fraudulent conducts that corrupt the principles of national and

---

<sup>13</sup> <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2012.pdf> (10/09/2014)

<sup>14</sup> Understanding this humanitarian vision as the need for the international instruments to pursue an effective equal treatment principle for the citizens and developing nations, so they can access with equality to the goods and services of the international finance and trade markets, which are altered by those who have attained competitive advantage by means of bribery to public servants.

supranational legality in its certainty. Without doubt those kind of behaviors involve conflicting interests that are opposed to the common good and the collective security.

#### *A) Contents and exposition development*

This research explains how current times are characterized by having left behind what could be considered the first global stage in the fight against international corruption, which is equal to say that the international rules and instruments may be considered as a basic law, and as such it requires more precision to be efficiently deployed in every nation. Along this Doctoral Thesis it will be proved that precisely the lack of constraint measures and thoroughness at national level can undermine the strength and efficiency of international efforts in fighting corruption.

The increase in international corruption crimes is triggered, among other reasons, by an ongoing degenerating privatization of public services, which has derived in a shortage of clarity in the delimitation between the public administration function and the private activity. Additionally, it is important to stress the global increase of international commercial transactions on the financial area, where many of them are fraudulent. Frequently, corruption acts inside the private sector linked to the public sector may acquire the aspect of bribery in international trade transactions; those transactions constitute an agreement between two separate parties, who occasionally could relinquish some of their criteria on achieving a common objective in such a way that a commercial compensation at a national or supranational level could be obtained. Thanks to the political will of the various leaders, Spain has exerted notable efforts to leverage its institutional capacity to deploy the measures recommended



by international organisms and the European Union, with the aim of attaining public transparency and a responsible commitment with society. As a consequence, the fact that very few sentences exist in Spain for cases corruption in international commercial transactions is surprising, aligned with the OECD Report of the Workgroup for Spain<sup>15</sup> that emphasizes multiple legal gaps in the Spanish regulation of the matter and the unfair component. As this research will show, these gaps have not been entirely resolved with the new introduction and systematic classification of the crime of corruption in international commercial transactions.

International commercial transactions typified as corrupt conducts are evolving towards new and more intricate forms of committing this crime. Bribery is a widely extended phenomenon in international commercial transactions, including trade and investment, with the presence of a public servant as fundamental nexus. Thus the severity of the consequences: the rise of serious political and moral problems, the undermining of good governance principles and economic development, as well as the distortion of the international competitiveness conditions. Corruption with the involvement of foreign public servants is nourished by legal gaps in Spain that cause impunity with regard to the requirements to its prosecution, the authorship and participation identification difficulties with multinationals, and the use of intermediaries, since Spain does not have a passive corruption typification for these conducts. On the contrary, and probably as important as the previous statement, these criminal infractions are within the scope of the international harmonization trend that aims to reach a single Criminal Law.

---

<sup>15</sup> Reports on implementing the OECD anti-bribery convention of 1997 in Spain, December 2012; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf> (20/6/2015), December 2014 <http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>; and March 2015 <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spain-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-EN.pdf> (4/10/2015)

The legal harmonization between international and Spanish internal law with regard to European Community Law has not reached its desired outcome; the harmonization is far from been completed, despite the notable efforts exerted and partial progress achieved in the fight against international corruption. The reason can be found in the latest Criminal Law reform<sup>16</sup> that leaves many unanswered questions with regard to the analysis of the typical elements and the legally protected interest in crimes of corruption in international commercial transactions.

As this research will show, the analysis of corruption in international commercial transactions, regulated by the new article 286 ter of the Criminal Law, requires the historical chronology to be followed, from its conception as bribery to the evolution of transnational corruption crime and its international regulation – discussed in Chapter I and Chapter II. This way all the typical elements can be contextually interpreted – developed in Chapter III. The legal history of bribery defines the character and customs of the Spanish Legislator; it explains the sequence followed in the legal reforms of these crimes. The aforementioned history, along with the new elements introduced by the latest reform of LO 1/2015, must be scrutinized with regard to the international instruments ratified by Spain, more specifically the OECD Convention of Paris of 1997, the UN Convention of Merida of 2003 and the Convention on the protection of the European Communities' financial interests of 1996. The international legal initiatives are worth mentioning according to the current casuistry of corruption crimes, from a criminal and political perspective and taking into consideration that these crimes lack legal precedents.

With reference to the analysis of the type of unfair component, the

---

<sup>16</sup> LO 1/2015 that modifies LO 10/1995 of November 23<sup>rd</sup> of the Spanish Criminal Law, BOE Nr 77, March 31<sup>st</sup>, 2015

systematic classification change within the Criminal Law of corruption crimes in international commercial transaction has become a milestone in the interpretation of the legally protected interest. Once the legally protected interest has been properly defined, the other elements (subjective and objective type) of the crime will be analyzed, to allow for the assessment of punishment and procedural issues – considered in Chapter IV. As corollary, this research finalizes with a critical synthesis of the extracted conclusions.

### *B) General and specific objectives*

The general objective for this piece of research focuses on evaluating the adequacy of international regulations in order to meet the appropriate measures to fight against public servants bribery, and it also pursues the assessment of their legal transposition in Spain.

This research aims to provide a legal outlook on international corruption of public servants, and to position it within past scenarios of historical, social, economic and political conditions for reaching its placement in our past and present legal system. The current awareness towards corruption makes it necessary to evaluate this offence, whereas it is focused on its more controversial aspects that derive in the exertion of the corrupt act. Furthermore, additional interpretations and reforms derived from this issue will be highly relevant as well.

From historical, social, economic and legal prospects on the concept of corruption, the prosecution of misconduct on corruption varies according to specific periods of time and societies where it is present. However, by means of the contributing international assets on this topic it has been enabled a significant

progress at a national scale on the definition of the prosecution of new corrupt practices among foreign public servants. Those international instruments are of great importance as they involve criminal offences attacking the correct development of international markets and, also they basically entail subsequent legal proceedings in order to achieve the unification of legal criteria for combating international corruption.

Final goal for this doctoral thesis is intended to arouse an urgent need at a national scope for aiming the technical improvement of multidisciplinary regulations against corruption, to be improved in Spain or by Spanish authorities, which at the same time could be operational beyond Spanish borders specifically on the subject of transnational bribery. In this context, Spanish regulations currently in force need urgently to be put forward in order to defeat offences in international transactions: this is a worthy matter for analysis, because it concerns an unusual unknown and common offence, though frequent, and also because their criminal categorization and indictment suffer from some legal gaps.

The particular aims of this doctoral thesis focus on achieving a critical research that may lead to an assessing analysis about the technical quality of these criminal offense regulations inside international trade transactions, before and after our last 2015 Criminal Law reform. On account of both breach and interconnection between private and public sectors, the whole analysis herein comes to concluding to diverse criteria, although closely linked among them. The legally protected interest of these criminal offences entails a multi-offensive character, and it is of semi-public, supra-individual nature. Likewise it firstly attacks the proper performance of the market, despite the objective elements of these offences hold an undeniable similarity with traditional bribery offences of a strictly public nature. Secondly and precisely due to the essential presence of one civil servant and the required involvement of himself for achieving the

criminal purpose of that offence, the legally protected interest is to protecting the civil servant function. The 'unfair' factor comes to be a real mixture; it brings together multiple elements typical among themselves; that is the reason for the sequential analysis herein. It begins by considering the recent reclassification inside the Criminal Law, where it is described as a socioeconomic offence, and it continues by analysing its old classification, where it was qualified as a crime against the Public Administration. This piece of research continues the preceding exposition with critical remarks on the technical adjustment of the 'objective' and 'subjective' characteristics to the punishment of the 'unfair' factor.

### *C) Methodology*

In this doctoral thesis, the deductive reasoning has been applied all along. It starts from the description of international tools and contributing instruments, those that have led the introduction of the typology of crimes herein examined: corruption crimes in international commercial transactions. By means of accurate explanations, the following section deals with the legal reforms which have greatly influenced the denominated 'unfair' factor. Later section puts forward all handbooks and research monographs provided for the purpose of this work. Except for a few, most of these monographs deal with criminal corruption; handbooks in particular match both the general and special part of the Spanish Criminal Law. However, with reference to aforementioned handbooks, different publishing editions on the same subject have been introduced in order to reflect criminal offenses from the implemented legal reforms in a number of three. It has to be pointed out that there is a lack of specific topics on researching this type of illegal offences besides the fact of a non- sensitizing interest to that criminal offence; reasons for this statement are as follows: (1) the Spanish Criminal Law categorization of this kind of criminal offence dates from only few years ago; (2)

the complexity of its structure; (3) the multi-offensiveness of its legally protected interests; and lastly (4) the lack of jurisprudence.

For that reasoning, it has become necessary to relating this entire work about corruption in international trade transactions with the analytical description of traditional bribery offence. It is due not only to structural parallelism among them, but also because prior to the last legal reform of our 2015 Criminal Law, both 'unfair' legal characters were placed inside Title 9 of Book II among criminal offences against the Public Administration. The Spanish historical tradition and the systematic placement of the transnational bribery are items that justify this comparative piece of research.

As to date in Spain there are no existing judgment on transnational bribery, it has been examined the jurisprudence related to bribery and its constituent characteristics, specifically those that may be extrapolated to criminal offences on corruption in international trade transactions and have been committed by legal entities.

In addition to all the above mentioned sources, the use of reference electronic data about international legislation has been consulted, not only those related to international legislation but also judicial articles and recent judicial subjects about criminal corruption. Lastly, since this doctoral thesis is a piece of research about the Special part of the Criminal Law, it has become necessary to raise many hypothetical cases for a better critical comprehensive awareness of the common characteristic components of the offence.



# CAPÍTULO I

## CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DE LA CORRUPCIÓN Y DEL COHECHO

### A) Breve referencia metapenal de la corrupción en un marco histórico, económico y jurídico global

La corrupción se identifica con la utilización de una autoridad establecida para el bien de una comunidad determinada en beneficio indebido de quien ejerce esa autoridad. Etimológicamente, la palabra corrupción procede del latín *“corruptus”*, que significaba descomposición, desintegración; en la actualidad es definido por la Academia de la Lengua Española como *“acción y efecto de corromper”*, lo que a su vez se define como *“alterar y trastocar la forma de alguna cosa; en su caso, también como “ echar a perder, depravar, dañar, pudrir” o “ sobornar a alguien con dádivas o de otra manera,”*<sup>17</sup> e incluso como *“pervertir o seducir a una persona”*; asimismo, *“práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.”*<sup>18</sup> No se puede determinar con exactitud cuándo comenzó la corrupción y el soborno a funcionarios públicos, pero existen testimonios de tal práctica a lo largo de la historia y en todas las culturas.

La corrupción viene de antiguo y probablemente surgió con el inicio de la civilización, en las antiguas *polis* griegas. En el ámbito de la política y la filosofía,

---

<sup>17</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimosegunda edición, Ed. Espasa, Madrid, 2001, pp. 393 y 394, 451, 1409

<sup>18</sup> [www.lemma.rae.es/drae/?val=CORRUPCION](http://www.lemma.rae.es/drae/?val=CORRUPCION); voz: *corrupción* (11/08/2014)



*Aristóteles*<sup>19</sup> clasificó las formas de gobierno en puras e impuras, según el gobernante ejerza el poder para el bien común o en interés particular, es decir, en forma corrupta. De igual modo, en otras épocas antiguas también puede encontrarse la corrupción en los negocios del antiguo Egipto, Babilonia y Roma. Ya Moisés tuvo que enseñar a los israelitas: *“No aceptes un soborno, porque el soborno ciega los ojos de los rectos y trastoca las palabras de los justos”*. Y el Corán: *“¡Oh, pueblo mío! Da una medida llena y un peso justo... Y no hagas el mal en la tierra, causando la corrupción”*.<sup>20</sup> En la India del S.IV a.C., el emperador *Chandragupta Maurya* ordenó emitir *“el Arte de Gobernar”*, en el que se dictaron ciertos principios elementales de ciencia política para evitar la corrupción.<sup>21</sup> Asimismo, la civilización de Babilonia, S.XVIII a.C., legó la primera codificación escrita o *Código de costumbres de Hammurabi*, el cual determinó la proporcionalidad entre el daño o delito sufrido y el daño producido en el castigo o imposición de pena idéntica al daño. El poder omnipotente del monarca le permitía estipular la pena a imponer en la comisión de corrupción de los funcionarios, dado que *“todo acto perjudicial da derecho a reparación y compromete a los mismos poderes públicos, los cuales tienen la obligación de reparar los daños causados por acciones delictivas que ellos no han sabido evitar o reprimir”*. El Código de *Hammurabi* constituyó la base jurídica durante la evolución del Derecho hasta el Imperio Romano.<sup>22</sup> Ese principio de justicia retributiva también se halla reflejado en diversas culturas posteriores con ascendencia sobre nuestra historia; así los textos bíblicos del Antiguo Testamento: Ley de Moisés, citada, y los textos judaicos del los siglos IV al I a.C., donde consta de forma explícita en la aplicación rabínica de las normas del Talmud, la valoración de la cuantía del resarcimiento económico en el soborno y

<sup>19</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, Libro III, Cap. V, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 116 a 129

<sup>20</sup> ARGANDOÑA, A., *Las Empresas ante la corrupción*, Papeles de Ética, Economía y Dirección, nº 4 1999, IESE BUSINESS SCHOOL, Universidad de Navarra, pp. 1 a 12, haciendo referencia a su vez a LYMAN, D., *Corruption faced by the business world. A primer*, presentado al “World Economic Forum 1996 Annual Meeting”, Davos 1996

<sup>21</sup> DURANT, W., *Our Oriental Heritage, The Story of Civilization*”, Vol I, Ed. Simon & Schuster, New York, 2011, pp. 59 y ss.

<sup>22</sup> PIRENNE, J., *Historia Universal*, Vol. I, Ed. Éxito, S.A., Barcelona, 1959, pp. 34 y 35

otros delitos.<sup>23</sup>

Durante los primeros tiempos de Roma, S.V a.C., en la “*Ley de las XII Tablas*” se recogieron descripciones de los *delicta* o actos ilícitos privados, castigados con pena pecuniaria a favor de la víctima en función de la gravedad del mismo.<sup>24</sup> A lo largo del impero de Roma, concretamente entre los siglos I a.C. al V d.C., el Derecho Civil Romano incluyó el delito del soborno, el cohecho y el tráfico de influencias como tales, a pesar de que dichos delitos suponían una práctica muy extendida y admitida dentro de los límites considerados aceptables, tanto por motivos políticos como económicos, se consideraron larguezas deshonestas e inoportunas. Esa práctica perduró durante la monarquía de predominio patricio urbanita, durante la época del orden social republicano, y el ascenso de los estratos plebeyos al poder, además de mantenerse en la época imperial, es decir, un largo periodo histórico. Existen, sin duda, numerosas referencias en torno al soborno monetario a oficiales militares, a políticos, a cargos públicos de alto rango, a gobernantes de cualquier territorio romano, ya fuera conquistado, federado o aliado y, en fin, a todos los grupos dominantes de la sociedad romana.<sup>25</sup> La proporción no siempre fue respetada de igual forma por las leyes romanas en materia de corrupción, ya que en muchas ocasiones se penaron con la muerte la mayoría de los delitos expiados. *“Este desorden nació con la corrupción de las costumbres y del Estado. En los días mejores de Roma se guardaba más exactamente la proporción de las penas, pero habiéndose perdido la virtud, extinguido el amor al bien público, descuidado la educación pública y, por ende, corrompido las costumbres, crecieron los delitos que se multiplicaron siempre en razón de los vicios. Las penas que contenían en un tiempo a los ciudadanos virtuosos no podían por cierto contener a los hombres corruptos. No se ofrecía entonces otro remedio para los desórdenes públicos que aumentar las penas, puesto que no se podía o no se quería adoptar el*

<sup>23</sup> LA BIBLIA, *Deuteronomio* (10:17, 16:19), Ed. Desclée de Brouwer S.A., Bilbao, 1976, pp. 204 y 210

<sup>24</sup> D’ORS Y PÉREZ PEIX, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, 4ª edición, Ed. Eunsa, Pamplona, 2010, p. 20

<sup>25</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P., *Historia de Roma*, Ed. Akal., Madrid, 2004, pp. 141 y ss.

*verdadero remedio, que era el restablecimiento del antiguo sistema y la vuelta a las buenas costumbres. Por ende, la sangre que expiaba en un tiempo los delitos más atroces se vertió para punir las faltas menos graves. La crueldad de las penas devino un principio de legislación criminal cuando el terror debió congelar los espíritus. Con la exacerbación de las penas nació también la distinción entre ellas según la diversa condición de los ciudadanos, de modo que la pena más grave o más leve no respondía a la mayor o menor atrocidad del delito, sino a la nobleza o plebeyez del delincuente. Al mismo tiempo que se establecían las penas más graves, éstas se volvieron más arbitrarias, sea porque la arbitrariedad judicial fue consecuencia necesaria de la arbitrariedad política, sea por la falta de un exacto código penal.”<sup>26</sup>*

En los periodos de la Edad Media, el Renacimiento y la Edad Moderna no existieron leyes generales, tan solo una gran diversidad de normas de ámbito territorial, si bien hubo intentos de recopilación y de dotación de carácter universal a las mismas; ejemplo de ello son el, *Codex Theodosianus*, *Codex Euricianus*, y la compilación de *las Siete Partidas* de Alfonso X. Tal dispersión jurídica, aun reconociendo la continuidad de los factores esenciales de la vida española, concluyó con el testamento de Isabel I de Castilla, *La Católica*, cuya ejecución resultó en la promulgación de las 83 *Leyes de Toro*, 1505, que significó la recopilación definitiva del corpus legislativo de Castilla.

La evolución de la corrupción y del delito de soborno fue transformándose dentro del mercado de la propia sociedad, y fue revistiéndose de nuevas formas penales económicas. El florecer del comercio en la Baja Edad Media supuso el nacimiento de los delitos de quiebra. El mensaje que se lanzaba a los comerciantes a través de los denominados hechos de bancarrota tenía como finalidad marcar

---

<sup>26</sup> ZAFFARONI, E. R., *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, Direito e Cidadania, Ano III, nº 8, Praia – Cabo Verde 1999-2000, p.71, citando a su vez a PAGANO, F.M., *Principi del Codici Penal, Opera postuma*, Milano, 1803, p. 58;  
[http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp\\_docs/doctrinas/la%20globalizacion%20y%20las%20actuales%20orientaciones%20de%20politica%20criminal%20zaffaroni.pdf](http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/la%20globalizacion%20y%20las%20actuales%20orientaciones%20de%20politica%20criminal%20zaffaroni.pdf) (2/10/2015)

las líneas rojas de la gestión comercial: quien realice comportamientos que contradigan radicalmente las buenas prácticas comerciales, será sancionado penalmente. Más tarde, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas significaron el delito del liberalismo económico, que nació tras la Revolución Francesa, porque la *“mano invisible”* o el autor incógnito debían moverse sin obstáculos, amenazas, pactos o coaliciones, que obstaculizaran la libre formación de los precios en el mercado.

La corrupción está vinculada al sistema normativo concreto en el que se inserta y desarrolla. La corrupción es eminentemente política y se asienta sobre un agente público con autoridad, sin perjuicio de la antigua concepción de MAQUIAVELO, en base a la cual los deseos humanos son insaciables, pues la naturaleza humana desea y quiere todo, surgiendo de aquí una eterna insatisfacción.<sup>27</sup> En este sentido, todo agente sujeto a obligaciones es susceptible de corromperse y todo sistema normativo es potencialmente corrupto. Pero dejando al margen consideraciones tan radicales y subjetivas, es un hecho que la corrupción socioeconómica ha continuado incrustada en todas las épocas de nuestra historia.

Otro hito histórico digno de mención fue el creciente interés de la Comunidad Internacional por combatir la corrupción a partir de la necesidad de un replanteamiento general de la estructuración y competencias de los organismos internacionales de ayuda y de crédito, que se remonta a la época posterior a la Guerra Fría. El final de la Guerra Fría, entre 1979 y 1991, trastocó el equilibrio de fuerzas, rechazando el apoyo a regímenes corruptos por razones de seguridad nacional y jurídica. Sin embargo, la influencia de la corrupción generalizada y de la delincuencia organizada en muchos países supuso un

---

<sup>27</sup> MAQUIAVELO, N. y ARACÓN MARTÍNEZ, A., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Ed. Alianza, Madrid, 1987, pp. 6 a 9

problema añadido difícil de ignorar y aún más difícil de encarar, porque, en definitiva, al tratarse la corrupción de un asunto económico se ve afectada la competitividad de la economía global y la realización eficaz de los proyectos de inversión y de desarrollo en el mundo entero.<sup>28</sup>

En sentido amplio, la corrupción<sup>29</sup> siempre ha representado la degeneración de los principios por los que se rige una sociedad, así como el abuso de funciones y los recursos públicos para el beneficio privado, en su caso, como una forma social de intercambio secreto por el cual, los que detentan el poder político y administrativo obtienen un beneficio, de un tipo o de otro, del poder o de la influencia que ejercen en virtud de su posición o función. La corrupción por naturaleza no constituye un concepto jurídico. Ha sido la doctrina y el propio Ordenamiento Jurídico los que han ido atribuyendo un significado normativo al término corrupción, aunque ello en función del contexto en el que se inserte. Puede afirmarse que en el plano jurídico, la corrupción será lo que la normativa defina como tal en cada momento y en cada campo.<sup>30</sup> En el ámbito penal, la corrupción debe circunscribirse con atención al principio de intervención mínima del Derecho penal como límite coherente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social, de acuerdo con el actual postulado utilitarista.<sup>31</sup> Íntimamente ligado a este principio se sitúa el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el cual sirve como límite al *ius puniendi*, debiendo el Derecho penal sancionar solo la puesta en peligro y el ataque más grave a aquellos bienes jurídicos más relevantes.<sup>32</sup> El Tribunal Constitucional (TC) entiende que este principio deviene, además, un requisito

<sup>28</sup> ROSE ACKERMANN, S., *Corruption: A Study in Political Economy*, Op. Cit., pp. 17 a 81

<sup>29</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op. Cit.; voz: *corrupción*

<sup>30</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 22

<sup>31</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 9ª edición. Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, pp.103 y 104

<sup>32</sup> AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*; Eds. de Derecho Reunidas Edersa, Madrid, 1999, pp. 113 a 135

indispensable para cualquier limitación de derechos constitucionales.<sup>33</sup> El objetivo se fundamenta en la selección de los objetos, medios e instrumentos para controlar la criminalidad, y por esa razón debe ser siempre el Derecho penal la *ultima ratio*,<sup>34</sup> es decir, interceder en casos de estricta necesidad y defender así bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves de la corrupción, cuando no existan otras garantías de éxito de naturaleza no penal.

La corrupción penal puede entenderse como la utilización de una autoridad establecida para el bien de una comunidad determinada en beneficio indebido de quien ejerce esa autoridad y del particular que soborna. Se incumplen determinadas funciones sociales para obtener un beneficio para sí o para un tercero.<sup>35</sup> Esta concepción debe contemplarse con la afirmación de KINDHÄUSER relativa a la significación de la corrupción penal, para quien los elementos centrales que caracterizan la corrupción desde una perspectiva penal pueden resumirse en tres:

- en primer lugar, la corrupción supone una relación entre dos agentes que pactan un intercambio irregular de prestaciones entre el receptor de la ventaja y el otorgante de la misma. Debe existir un *pactum scaeleris* que produzca recíprocas obligaciones y beneficios irregulares;

---

<sup>33</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.); MORENO TORRES HERRERA, M. J. (coord.), *Lecciones de Derecho penal (parte general)*, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 pp. 50 y 51. En este sentido también la jurisprudencia se pronunció en STC 62/1982 y sentencias de 25 de marzo STC 111/1993 y de 28 de marzo, STC 55/1996 de 28 de marzo

<sup>34</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Lecciones de Derecho penal (parte general)*, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo, pp. 49 a 51

<sup>35</sup> NINO, C., *Un país al margen de la ley*, 1ª edición, Editorial Ariel, Buenos Aires, 2005, p. 109

- en segundo lugar, debe concurrir una especial posición de garante de quien recibe la dádiva a fin de que transgreda los principios del sistema institucional o del mercado;
- en tercer lugar, debe existir una incompatibilidad de intereses entre la ventaja o dádiva obtenida y la especial posición en la que se encuentra el receptor.

La corrupción puede constituir una forma de agresión de diversos intereses penalmente protegidos y por ello no puede formularse un tipo penal general de corrupción. Lo determinante para la legitimidad del *ius puniendi* es la circunstancia de que el sujeto activo haya puesto en peligro o haya lesionado un bien jurídico protegido a través de la corrupción.<sup>36</sup> Desde un punto de vista criminológico se ha venido analizando la característica de los sujetos de alta reputación social, delincuencia de cuello blanco,<sup>37</sup> y el abuso de confianza institucionalizado con el fin de alterar las reglas de los sectores público y privado. Hoy día la política criminal más reciente también responsabiliza a las empresas en la lucha contra la corrupción,<sup>38</sup> ya que son potenciales sujetos activos de tales

---

<sup>36</sup> KINDHÄUSER, U., *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán*, en Política Criminal, n° 3. Revista electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, n° 3, 2007, Universidad Talca, Chile, p. 6 [http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/a\\_1\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf) (22/03/2015)

<sup>37</sup> El término delincuencia económica de cuello blanco es la traducción literal del *White-Collar Criminality*, utilizado por primera vez por SUTHERLAND, E. H., en *American Sociological Society* en 1939, para definir a la persona de alto nivel socio económico que en el desarrollo de su actividad profesional viola la ley penal, citado por BAJO FERNÁNDEZ, M., "La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal", en BARBERO SANTOS, M., *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Doctor D. JOSÉ .ANTÓN ONECA*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 587. Sin embargo, el término delincuencia de cuello blanco ha quedado actualmente algo desfasado, pues en lo que concierne a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales es la delincuencia empresarial, aquella que deberá perseguirse. La delincuencia de empresa goza de cierta reputación social y económica pero, a diferencia de la delincuencia organizada, parte de una estructura legal para acometer luego los ilícitos penales.

<sup>38</sup> ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., *El Derecho penal Económico en la Era Compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191 y 192

delitos.

Este tipo de corrupción suele vincularse con el Derecho penal económico, el cual en sentido dogmático penal protege bienes supraindividuales, es decir, sociales o colectivos, o intereses de la comunidad.<sup>39</sup> El Derecho penal económico parte de aspectos supraindividuales de planificación económica y social de una forma parecida a lo que ocurre en el Derecho económico. Los delitos económicos trascienden en ocasiones el ámbito internacional, gracias al carácter transnacional de los sujetos y a la transversalidad de las conductas.<sup>40</sup>

El fenómeno de la corrupción es el mal más común y relevante que sufren tanto los sistemas democráticos como aquellos otros sistemas políticos menos democráticos o en decadencia, que abogan por la corrupción para su mantenimiento y prospección ilegítima. Los problemas crecientes del sector público, desde el punto de vista de la economía de mercado, se constriñen a los fallos de gobierno, lo que a su vez cuestiona la capacidad de producción y planificación del Estado. Si bien existen algunos economistas que ponen en duda determinadas teorías al objeto de corregir los fallos del mercado, son prácticamente unánimes las opiniones que defienden la necesidad de la regulación y transparencia para paliar y prevenir las consecuencias de la corrupción.<sup>41</sup> Existe el riesgo de que la injerencia en la regulación del mercado y la competencia suponga una distorsión a favor del sector privado a expensas de los usuarios o de la sociedad. La regulación debe equiparar de forma

---

<sup>39</sup> TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal Económico, Parte General y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 57 y 58

<sup>40</sup> Estos tipos de delitos o también denominados de peligro abstracto constituyen la forma de reacción adecuada del Derecho penal dentro del ámbito de los bienes jurídicos supraindividuales y colectivos, *Empfehlungen des XIII. Internationalen Strafrechtskongresses der AIDP* (Recomendaciones del XIII Congreso Internacional de Derecho penal de la AIDP), en ZStW, tomo 97, 1985, pp. 731 a 738

<sup>41</sup> BOEHM, F., *Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos*, Revista de Economía Institucional Vol. 7, n° 13, segundo semestre 2005, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 245 a 263



proporcionada los intereses del sector privado, los intereses y derechos de los ciudadanos y de la sociedad, garantizando así una prestación eficaz y efectiva de los servicios, así como una oferta real y equitativa de los productos del mercado. Según todos los analistas, un mecanismo eficaz contra la corrupción es la competencia real, económica y política, porque de esta manera se introduce la transparencia.<sup>42</sup> Las políticas que buscan incentivar mercados competitivos pueden controlar la corrupción a través de una regulación normativa y la utilización de unos recursos adecuados y suficientes.<sup>43</sup>

En determinados países, no obstante, la corrupción es una especie de impuesto o de mal necesario que no merece ningún reproche social. La corrupción resulta atractiva para los sistemas poco democráticos, países en vías de desarrollo donde los salarios de los funcionarios públicos son sumamente bajos y las empresas o particulares no se caracterizan por ser competitivas, sino que pretenden lograr determinados beneficios públicos mediante la entrega al funcionario de una dádiva, sin respetar los procedimientos reglamentariamente establecidos para su consecución u obtención. De hecho, se ha demostrado que existe una correlación inversamente proporcional entre los países con un producto interior bruto elevado y el nivel de corrupción: a mayor volumen de producto interior bruto corresponde un índice menor de corrupción.<sup>44</sup> Igualmente, cabe apuntar que en los países donde no existe un Estado de Derecho ni garantías jurídicas, debe distinguirse la corrupción caótica de la corrupción centralizada; la primera es del todo incontrolable y de un alcance económico inconmensurable; la segunda, sin embargo, resulta inferior en costes y es predecible, esto es, sale más barata. He ahí una de las razones por las cuales los

---

<sup>42</sup> JOHNSTON, M., *Party System, Competition and Political Checks against Corruption, Political Corruption. Concepts & Contexts*, third edition, New Brunswick, London, Transaction Publishers, London, 2002, pp. 777 a 794

<sup>43</sup> ADES, A. y DI TELLA, R., *Rents, Competition and Corruption*, American Economic Review, Vol. 89, Nr. 4, Pittsburgh, PA, 1999, pp. 982 a 993

<sup>44</sup> LAMBSDORFF, J. Graf, *The Institutional Economics of Corruption and Reform. Theory, Evidence and Policy*, Ed. University Cambridge Press, 2008, pp. 4 a 15

países pobres continúan practicando la corrupción en las operaciones comerciales internacionales, porque existe un interés real en mantener esta situación por parte de los países que luchan contra la corrupción o los económicamente más desarrollados,<sup>45</sup> ya que sobornan con beneficios extrasalariales atractivos para los funcionarios de países menos desarrollados, cuyos sueldos son excesivamente bajos y la corrupción está socialmente aceptada. La corrupción supone un área de análisis y de gran preocupación para los países que ejecutan políticas de ayuda a los países en vías de desarrollo, dado que en las últimas décadas se ha constatado la comisión de actos corruptos desde los círculos de gobierno, y la corrupción influye directamente sobre las economías de mercado. Los funcionarios públicos que cometen actos de corrupción están minando, además, los principios fundamentales de cualquier regulación legal y por ende de todo el ordenamiento jurídico de los países implicados en las transacciones internacionales de carácter estatal. Así, la incidencia de la corrupción en el ámbito privado no alcanza un ámbito de influencia tan significativo como en los casos de orden gubernamental, donde están involucrados los funcionarios públicos.<sup>46</sup>

En España, hasta la reciente reforma penal de 2010, las penas de corrupción de los funcionarios públicos eran mayores que las de los particulares y el número de conductas sancionadas, tales como la corrupción, era mayor en el caso de funcionarios públicos.<sup>47</sup> La corrupción tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad,<sup>48</sup> afecta en mayor medida a los

---

<sup>45</sup> SCHLEIFER, A. y VISHNY, A. W., "Corruption", en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 108, nº 3, Oxford University Press, 1993, pp. 599 a 617

<sup>46</sup> ANDVIG, J. C.; FJELSTADT, O. H.; AMUNDSEN, I.; SOREIDE, T., "Research on Corruption. A policy oriented survey", en *Corruption*, Norwegian Agency for Development for Cooperation, Oslo, 2000, pp. 19 y 20

<sup>47</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el comercio internacional*, en *Revista Penal*, nº 12, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, Julio, 2003, pp. 47 a 53

<sup>48</sup> UNCAC, *Prefacio*, KOFI A. ANNAN, (Secretario General), Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, Nueva York, 2004;

individuos sin recursos económicos, ya que desvía fondos destinados al desarrollo, y mina la capacidad de los gobiernos para ofrecer servicios básicos, intimidando así la inversión extranjera o ayudas internacionales o comunitarias. Sin embargo, la corrupción no se debe tratar desde una óptica moral, cuyos límites resultan culturalmente difusos. La corrupción existe y se debe abordar desde una perspectiva multidisciplinar: política, económica, social y legal. Se trata de un problema de gran trascendencia en el ámbito internacional, y constituye una fuente de empobrecimiento en los países en vías de desarrollo. Esa es la razón de que los países donantes de ayuda deban ejecutar programas sistematizados, que eviten la corrupción endógena instalada en los gobiernos de dichos países, cuyo alcance resulta difícil de evaluar desde el exterior. Por ello, todo análisis que pueda realizarse sobre la corrupción siempre será de índole empírica y estará basado en los índices de percepción.

La corrupción como tal es un fenómeno que adopta múltiples formas y funciones en diversos contextos, y abarca desde un acto sencillo e individual, hasta todo un sistema económico. El cohecho significa, además, la esencia de la corrupción y ésta adopta numerosas formas de manifestación: fraude, extorsión, maniobras comerciales amañadas, transacciones injustas, apropiación indebida, favoritismo, burocracia inadecuada, etc. Sin perjuicio de todo lo anterior y a pesar de firmarse y entrar en vigor normativas legales contra la corrupción en los países desarrollados y, concretamente, entre las élites económicas dominantes en el plano mundial y con mayor acceso al soborno individual, la corrupción en las transacciones comerciales internacionales continuaba llevándose a cabo; ejemplo de ello fueron los propios Estados Unidos (EEUU), donde el soborno en el cierre de transacciones comerciales internacionales era una práctica generalizada aunque no oficial, o Rusia, donde se estimó que casi la mitad de los contratos

internacionales conllevaba actos corruptos.<sup>49</sup>

Antes de continuar con la descripción evolutiva y en el ámbito de la juridicidad, cabe señalar que ante la multiplicidad de conceptos que engloba el término de la corrupción el legislador se encontró con un concepto jurídico vago que no ha sabido tampoco precisar con exactitud, y en relación con el Derecho penal, a pesar de la ayuda que la ciencia de la Política Criminal podría aportar, tampoco ha logrado delimitarlo. Es más, una posible definición penal ha de buscarse en el casuismo de las distintas conductas corruptas tipificadas.

También hay que apuntar que, en años recientes, se han podido comprobar las nefastas consecuencias que ha provocado la corrupción, gracias al mejor conocimiento de los procesos internos de dirección en las empresas, a la toma de conciencia de las oportunidades creadas en un mundo globalizado, y a los costes derivados de las discriminaciones y las conductas injustas. A través de la divulgación de las conductas corruptas y los modernos medios de comunicación, se ha alcanzado un mayor conocimiento y también una mayor preocupación sobre la extensión y profundidad del fenómeno de la corrupción. Afecta a todas las economías, pero los perjuicios son soportados directamente por los particulares, las empresas y los países. Así pues, resultan de suma importancia las iniciativas legislativas en la prevención y la erradicación de los comportamientos corruptos como medio para ganar en justicia, eficiencia, solidaridad, libertad y democracia.

El sentido economicista que domina nuestra cultura actual induce a la corrupción, favoreciendo el sentido de lo superficial y privativo que impera por

---

<sup>49</sup> ANDVIG, J. C.; FJELSTADT, O. H.; AMUNDSEN, I.; SOREIDE, T., *Corruption. A Review on contemporary research*, Report Nr 2201: 7, Ed. Chr. Michelsen Institute, Oslo, 2001, pp. 4 a 23; 96 a 105

doquier con la globalización y, a su vez, con la marginación.<sup>50</sup> La corrupción privatiza lo público, bloqueando el desarrollo humano como sociedad y, por ende, como individuo. La defensa contra la corrupción se debe abordar desde una perspectiva estratégica de conjunto político internacional, institucional y jurídico, así como social y educacional.

Por un lado, la corrupción conlleva habitualmente unos costes adicionales que se incluyen en los precios de los servicios y productos, elevando el coste original e impidiendo garantizar la eficacia productiva y de desarrollo.<sup>51</sup> En concreto, en las transacciones comerciales internacionales y respecto al coste de la corrupción pueden distinguirse entre costes *ex ante*, que van asociados a la redacción, negociación y salvaguarda de un acuerdo, y los *ex post*, que incluyen el regateo para corregir las desviaciones del acuerdo corrupto.<sup>52</sup> Por otra parte, la globalización ha propiciado el nacimiento y desarrollo de nuevas figuras corruptas. Las políticas económicas guiadas exclusivamente por intereses financieros han venido dirigiendo, arbitrando y gestionando la globalización desde un punto de vista nocivo para la erradicación de la pobreza y la evitación del caos. La liberación de los mercados ha facilitado que los agentes con poder adquisitivo aumentaran considerablemente sus beneficios y su poder de influencia económica en las políticas.<sup>53</sup> Surgió, por tanto, la incuestionable necesidad de acometer una mejora sustancial de las leyes nacionales y

---

<sup>50</sup> CIURO CALDANI, M. A., *Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración*, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 24, 2000, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de Rosario (República Argentina), pp. 41 a 56; [www.centrodefilosofia.org.ar](http://www.centrodefilosofia.org.ar) (25/08/2015)

<sup>51</sup> La magnitud de los costos de la corrupción y de su alcance se reflejó en la encuesta del Banco Mundial, *World Business Environmental Survey* (WBES) del año 2000, la cual indicó que más del 80% de las empresas del mundo pagó hasta un 25% de sus ingresos anuales en transferencias corruptas a agentes públicos; <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/EXTWBIGOVANTCOR/0,,contentMDK:20711393~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:1740530,00.html#wbes> (3/10/2015)

<sup>52</sup> WILLIAMSON, O., *Las instituciones económicas del capitalismo*, Ed. FCE, México, 1989, pp. 58 y ss.

<sup>53</sup> STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, Ed. Taurus, Buenos Aires, 2002, pp. 31 a 34, y también *Globalization and its Discontents*, Ed. W.W. Norton & Company, New York, 2002, pp. 252 a 257

supranacionales para combatir la corrupción, en particular, el cohecho en el comercio público y privado. La progresiva privatización de muchos servicios públicos origina una falta de claridad en la delimitación entre la función pública y la función privada, de ahí que se dé automáticamente un incremento de las transacciones comerciales internacionales fraudulentas, en muchos casos. Autores como SAVAS, entre otros, defendieron la privatización para reducir la corrupción;<sup>54</sup> otros como ROSE ACKERMANN<sup>55</sup> o STIGLITZ<sup>56</sup>, por el contrario, advirtieron que la privatización y la regulación podían crear oportunidades para la corrupción y la presión de grupos de interés. Esta dialéctica todavía no está plenamente superada.

La expansión de las empresas multinacionales que han prosperado mediante alianzas estratégicas de una *joint venture* o de una subcontratación, ha significado un factor clave para poder evaluar los efectos de la globalización en la proliferación de conductas corruptas. El poder económico y político de estas empresas transnacionales es cada vez mayor y su consecuencia redunda en la creación de un inmenso monopolio de carácter privado, sin limitaciones legales a su expansión y crecimiento. Dicho poder transnacional destaca por su sutileza, y no siempre es perceptible ni se reproduce estructuralmente.<sup>57</sup> Tradicionalmente, la persecución del soborno se viene centrando en los sobornos que se realizan con el fin de asegurar la firma de contratos. Multitud de corporaciones internacionales de Europa, Norteamérica, Sudáfrica, Latinoamérica y Sureste Asiático han estado implicadas en sobornos a

---

<sup>54</sup> SAVAS, E. S., *Privatization and public-private Partnerships*, New York, Chatham House, Seven Bridges Press 2000, pp. 291 a 296, también en esta línea se pronunciaron igualmente BIRCH, H. y HAAR, J., *The Impact of Privatization in the Americas*, Coral Gables, FL, Ed. North-South Center Press, University of Miami, 2000, p. 256

<sup>55</sup> ROSE ACKERMANN, S., *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 27 a 38

<sup>56</sup> STIGLITZ, J. E., *Globalization and its Discontents*, Op. Cit., pp. 252 a 257

<sup>57</sup> VERGER, A., *El sutil poder de las transnacionales: lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas en un mundo globalizado*, Vol. 2., Ed. Icaria, Barcelona, 2003, pp. 14 a 20

funcionarios públicos, a través de los máximos dirigentes de las empresas internacionales en el tráfico económico transnacional, muchas veces con el fin de lograr una reducción del tiempo de expedición de autorizaciones administrativas, y en otras ocasiones para evitar complicaciones procedentes de terceras partes, tales como acciones políticas, sociales y comerciales.<sup>58</sup>

Una de las causas de los intentos frustrados para reconducir la actuación y posicionamiento de las empresas multinacionales en el marco de la globalización se ha debido al vacío jurídico en el derecho internacional, pues no existe una jurisdicción internacional con competencias para juzgar a las personas jurídicas privadas transnacionales. Tampoco existe organismo alguno en el que se inscriba una personalidad jurídica internacional, porque, además, los códigos de conducta dictaminados por la Organización de Cooperación al Desarrollo Económico (OCDE) son de adscripción y cumplimiento voluntarios.<sup>59</sup> La política liberalizadora propugnada por la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha favorecido en gran medida a las empresas multinacionales para actuar exclusivamente en beneficio de sus intereses financieros partidistas. Tales conductas quebrantan el principio de igualdad, el correcto desenvolvimiento de un mercado económico real y el adecuado y diligente funcionamiento de las administraciones y organismos públicos de cuño internacional. Las Naciones Unidas (ONU) intentaron darle “un rostro humano” a los mercados globales mediante su programa *Global Compact*;<sup>60</sup> sin embargo, los intentos sucesivos por regular y humanizar la globalización en pro de los derechos básicos humanos y de los ciudadanos no tuvo apenas efecto en aquellos países cuya preocupación en la lucha contra la corrupción residía, principalmente, en evitar las pérdidas

---

<sup>58</sup> BRAY, J., “Facing up to demands for ‘operational bribes’: legal trends and practical dilemmas”, *Anti-Corruption Committee News*, Vol. 5, nº 2, International Bar Association (IBA), London, 2013, pp. 2 a 10

<sup>59</sup> Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Revisión 2011; <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> (14/08/2014)

<sup>60</sup> United Nations Global Compact; <https://www.unglobalcompact.org/> (14/08/2014)

financieras que ésta provoca.

La importancia de la ilicitud de las transacciones comerciales corruptas, que acarrear conductas fraudulentas, estriba en que corrompen los principios de la seguridad jurídica nacional y supranacional al objeto de conseguir fines particulares, muchas veces contrarios al bien común y la seguridad colectiva. Las prácticas fraudulentas, a modo de ejemplo, suelen llevarse a cabo mediante una tergiversación de los hechos en la que queda subsumida una interpretación partidista u omisión, para desvirtuar un proceso de selección o la ejecución de un convenio en un proceso de contrataciones o en la ejecución de un contrato. Tales actuaciones, omisiones y tergiversaciones de los hechos desorientan a otra persona o entidad de forma consciente y descuidada, a fin de obtener un beneficio de índole económica o con objeto de evitar la obligación activa o pasiva eludida.<sup>61</sup>

Las tendencias políticas y legislativas deben estar presididas por una relación de cooperación con los intereses organizados. Esta cooperación presupone establecer relaciones equitativas de confianza y lealtad recíprocas entre los Estados y los intereses organizados. La corrupción comienza por un desequilibrio estructural entre ambas fuerzas. El equilibrio estructural de las fuerzas de las organizaciones estatales y de las organizaciones sociales determina los límites de hasta dónde los miembros de una organización pueden promover exclusivamente sus propios intereses personales. La corrupción crece con la pérdida de confianza en las formas de cooperación y distribución de cargas y beneficios, basados en el respeto a la autonomía individual, a la igualdad de oportunidades y a la confianza recíproca propuesta por la democracia.

---

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., *Diccionario jurídico*, 6ª edición (de la A a la Z), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012; voz: *fraude; soborno*



Los actos de corrupción no son más que la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema más profundo: la sustitución del ideal de una cooperación democrática por otra forma de competencia desleal y tráfico de influencias.

No hay que olvidar, una vez más, que la corrupción comprende un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. “Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”.<sup>62</sup> Afecta en mayor medida a los pobres, según se ha mencionado Vid. supra, porque desvía fondos destinados al desarrollo y mina la capacidad de los gobiernos para ofrecer servicios básicos, intimidando así la inversión extranjera y las ayudas internacionales o comunitarias.

Es necesario que los Estados promuevan el control nacional para la penalización de la corrupción que ataca al sector público y al privado con trascendencia internacional, y, a la vez, los organismos internacionales con poder regulador tienen que insistir en la labor de desarrollar y clarificar una normativa contra la corrupción desde el sector privado con alcance supranacional.

Tras la evolución histórica expuesta sobre la corrupción, destacando su vertiente económica y comercial, a continuación se analiza la materialización de los actos corruptos de forma más concreta. La esencia de la corrupción se remonta al soborno, antes aludido, del que parten otras muchas formas de manifestación de los actos corruptos. Algunos de estos actos constituyen verdaderos subtipos del delito de cohecho, y otros conforman tipos similares. Por este motivo resulta

---

<sup>62</sup> UNCAC, *Prefacio*, KOFI A. ANNAN (Secretario General), Resolución 58/4 de la Asamblea General, Op. Cit.

conveniente exponer la evolución normativa del cohecho, aunque circunscrito a la legislación penal en España, porque la estructura del tipo de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales coincide en esencia con el delito de cohecho. Asimismo, hay que recordar que con anterioridad a la reforma penal actual, a la que más adelante se remitirá este trabajo, se ubicó el delito analizado junto con los delitos de cohecho en el mismo Título XIX del CP. Por consiguiente, debe investigarse el delito tratado en relación con el delito de cohecho, ya que no solo es interesante revisar la evolución del cohecho en los Códigos penales españoles, sino que esa exposición histórica aportará una visión mucho más profunda y contextual de cómo debe entenderse y abordarse el soborno transnacional, aunque dicho delito ataque a un bien jurídico protegido distinto del de cohecho.

## **B) Aproximación conceptual e histórica de la figura delictiva cohecho y su regulación a partir de la codificación**

Una concepción estricta de la corrupción conduce a lo que en derecho español se denomina cohecho. Es creciente la tendencia criminológica a identificar la corrupción con cualquier irregularidad cometida en un contexto de toma de decisión a cambio de una ventaja indebida, toda vez que a través de un abuso de poder se llegue a una ganancia ilícita. Dicho beneficio indebido puede ser de carácter económico o significar una mejora del posicionamiento para el desarrollo de determinadas actividades, algo que se produce fundamentalmente en el marco de la Administración, pero que también puede aparecer en las relaciones económicas nacionales e internacionales.<sup>63</sup>

El resumen del repaso histórico anterior conduce a afirmar que, a lo largo de las épocas anteriores hasta la actual y en todos los periodos históricos citados, el soborno a grupos sociales dominantes se encontraba ampliamente extendido, pues constituía un acto habitual. El soborno no estaba permitido, pero se toleraba y únicamente cuando el delito alcanzaba notoriedad o valor grave se redimía con el pago de una suma de dinero impuesta por la jerarquía: nobles, obispos o jueces, según la época. Esta situación se incardina en la evolución social e histórica del Derecho Romano y alcanza la promulgación del Código Civil (CC) de 1889.<sup>64</sup>

El cohecho se definió como exacción ilícita en el S.XIII, significando una

---

<sup>63</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Iniciativas internacionales contra la corrupción*, Eguzkilore nº 17, San Sebastián, Diciembre 2003, p. 8

<sup>64</sup> SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., *España: un enigma histórico*, Vol. II, Ed. Edhasa, Argentina, 1991, pp. 293 a 354

transacción o arreglo de un asunto, mientas que cohechar, del latín *confectare* o acabar de negociar, consistía en corromper a un funcionario público.<sup>65</sup>

El soborno es una de las formas más antiguas y comunes de las prácticas fraudulentas en los negocios. El cohecho, como tipo delictivo y en lo que a este trabajo atañe, puede lesionar, por un lado, el correcto funcionamiento de la Administración Pública estatal o extranjera si se realiza a través de agentes públicos extranjeros y, por otro, también puede alterar el correcto funcionamiento del mercado económico internacional.

El delito de cohecho, que representa el germen para la actual punición del delito de corrupción en las actividades comerciales internacionales, queda definido por la Academia de la Lengua Española como “*acción y efecto de cohechar o sobornar a un funcionario público*” y cohechar a su vez, se define como “*sobornar, corromper con dádivas al juez a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pide*”.<sup>66</sup>

La corrupción, incidiendo de nuevo en el concepto básico, es tan antigua como la propia Administración Pública: la pretensión de obtener de ella algún tipo de trato favorable en contra de sus normales reglas de funcionamiento y las del tráfico económico. Desde que existen funcionarios que administran *lo público*, existen tanto personas particulares dispuestas a sobornarlos para poder beneficiarse con sus actuaciones, como también hay funcionarios que vislumbran la posibilidad de sacar un mayor beneficio a su trabajo o a su posición preeminente, cobrando a los administrados por priorizar sus intereses en el sector público o privado y prevaleciéndose de su condición para realizar dicha

---

<sup>65</sup> COROMINAS, J., *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, Vol. I (A-C), Ed. Gredos, Madrid, 1954-1957, p. 785

<sup>66</sup> Diccionario RAE, Op. Cit.; voz: *soborno y cohecho*

maniobra.<sup>67</sup>

La primera regulación del cohecho se remonta al sistema jurídico romanovisigodo, que contemplaba la institución del “*crimen repundae*” en la “*lex Julia repetundarum*”, la cual sancionaba con multa pecuniaria y destierro el acto de aceptar el soborno. Su regulación responde a la finalidad de combatir la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, concretamente, respecto del magistrado u oficial; una corrupción que era imperante y frecuente en todas las épocas, pero en particular, en las de inmoralidad generalizada en los puestos administrativos del imperio romano.

El cohecho se sancionaba en función del interés general, por cuanto que constituyendo un enriquecimiento ilícito, se exigía al funcionario la devolución de lo obtenido en la venta de un acto de la Administración Pública.<sup>68</sup> La influencia romana en la regulación de nuestro derecho castellano propició su desarrollo legislativo y conceptual tanto en el sistema jurídico altomedieval como en el de la Recopilación, época en la que los textos vigentes, *El Fuero Real*, *Las Partidas* y el *Ordenamiento de Alcalá*, recogen la figura del cohecho como acto lesivo para los funcionarios del Estado encargados de administrar justicia, pues no existía por aquel entonces una clara delimitación funcional ni estructural entre la Administración Pública y la Administración de Justicia, controladas ambas por el poder regio.<sup>69</sup>

Los antecedentes más significativos de los delitos de cohecho deben buscarse en el sistema jurídico de la codificación española que tipificaba el delito de cohecho. Su evolución y también degeneración, como unidad delictiva y como

---

<sup>67</sup> Vid. supra I A)

<sup>68</sup> SAINZ GUERRA, J., *La evolución histórica del Derecho Penal español*, Ed. Universidad de Jaén, Servicio de Publicaciones e Intercambio, Jaén, 2004, haciendo referencia a las obras de GRACIANO, VALENTINIANO Y TEODOSIO (378-392 d.C.), p. 514

<sup>69</sup> SAINZ GUERRA, J., Op. Cit., pp. 514 y 515

conjunto de todos los elementos objetivos y subjetivos que separadamente lo componen, se debe a la adaptación legislativa en los tiempos políticos, económicos y sociales de la actualidad.

Los distintos Códigos penales que se han ido sucediendo en la historia de España, han regulado el cohecho de forma sensiblemente diferente.

El Código Penal (CP) de 1822 incluía el delito de cohecho bajo el Título *“De los sobornos, cohecho y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público”*.<sup>70</sup> Una rúbrica muy extensa en la que tenían cabida numerosas y diversas conductas tendentes a sobornar, de una u otra manera, a los funcionarios. Precisamente para referirse a este colectivo, el legislador de la época mencionaba en varios artículos *“el juez de hecho o de derecho, ó árbitro, ó cualquier otro funcionario público”*: primera y única vez que puede contemplarse la figura del juez dentro del delito de cohecho, pues con posterioridad a dicha fecha y en el presente constituye un delito autónomo, si bien con anterioridad se asociaba la prevaricación a un tipo de soborno.

El CP de 1848 respeta el criterio seguido por el Código anterior, con la particularidad de que si el cohecho hubiera sido medio para cometer además prevaricación, la pena por ambos delitos se acumulaba, fundamento que posteriormente utilizaron los Códigos de 1850 y 1870 respectivamente. Sin embargo, el texto legal de 1848 opta por no sancionar de la misma manera al sobornante que al sobornado, diferencias que el legislador del actual Código también recoge.

Es importante resaltar que en lo que respecta a los medios utilizados para

---

<sup>70</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.; RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles: Recopilación y concordancias*, Ed. Akal, Madrid, 1988, p. 106

realizar el soborno, la terminología ha sido siempre similar y confusa por igual. Dádiva, regalo, presente, etc. son términos que desde antiguo han conformado la regulación del tipo de cohecho, pero que nunca han estado perfectamente delimitados.

Y retomando la historiografía, el CP de 1870 incluye por primera vez la posibilidad de que el funcionario reciba la dádiva o promesa mediante la participación de un tercero *persona intermedia*. Pero habrá que esperar hasta el CP de 1995 para que se admita en el tipo que la dádiva o presente puede resultar en provecho de terceras personas.

Tal vez la regulación de 1928 sea la que más novedades presenta. Introduce un número considerable de tipos penales encaminados a luchar contra la corrupción en la Administración. Contempla además, y a modo de precedente, la pena de inhabilitación especial para el funcionario, acompañada de las demás (prisión, multa y la que correspondiese al delito cometido en su caso), que ya se preveían antes. En dicha fecha se regulaba ya la obligación para el funcionario de denunciar al particular que intentare corromperlo, y de no hacerlo, se le impondría la pena correspondiente por encubrimiento, incluso si no hubiera aceptado el soborno. Y a la inversa, el particular tenía también la misma obligación de denunciar al funcionario. Sin embargo, la regulación resulta en este Código mucho más benévola con el particular que con el funcionario, porque, aun en el caso de que la iniciativa del cohecho parta de este último, el particular no sería castigado incluso cuando hubiera aceptado el ofrecimiento y se hubiera ejecutado en todo o en parte. Es más, el legislador eximía de responsabilidad al particular en el supuesto de que aun habiendo sido suya la iniciativa, el funcionario aceptase el soborno, sin necesidad de que hubiera llegado a recibir la dádiva o a materializarse la promesa. Este Código de 1928 también presenta una novedad que, como las anteriores, pronto desaparecería del texto legal, con el CP

siguiente de 1932. Se trata del hecho de castigar a quien, aparentando influencia con las Autoridades, obtuviera un beneficio como pago por una mediación o resolución favorable en un determinado asunto. El capítulo del cohecho se cerraba con delitos referidos a abogados y procuradores que buscasen unas remuneraciones no permitidas por la ley, algo que parecía más propio de las normas profesionales de dichos colectivos que del CP, pero que en la actualidad puede interpretarse como la antesala de los delitos contra la Administración de Justicia, por obstrucción a la justicia y deslealtad profesional. Contrasta mucho la prolija regulación del cohecho en este CP de 1928 con la brevedad y concisión con que lo trataba, en cambio, el CP de 1848. Y sorprende ver cómo después de éste, con marcado deterioro de la técnica legislativa, la regulación del cohecho ha ido creciendo en extensión y complicación. Algunos autores como LUZÓN CUESTA ven precisamente en el CP de 1848 el punto de partida, o al menos el origen de la regulación sistemática y de la denominación actual, pues antes se denominaba simplemente soborno, y mucho antes aún podemos encontrar el origen de este tipo en la “baratería”.<sup>71</sup>

Otra reforma especialmente trascendente fue la operada en 1944. Este CP fue el primero que castigó la conducta del funcionario, cuando era él precisamente quien tomaba la iniciativa de cara a conseguir un acuerdo constitutivo de cohecho.

Todos los Códigos anteriores tan solo penaban al funcionario que aceptase el ofrecimiento de un particular. Como más adelante se verá, ello ha supuesto un importante trastoque de la clasificación que la doctrina hacía de los distintos tipos de cohecho,<sup>72</sup> pero sobre todo se han adelantado las barreras punitivas a los

---

<sup>71</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal: Parte Especial*, 12ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 283

<sup>72</sup> El delito de cohecho comenzó clasificándose como un delito bilateral o de participación necesaria, hasta que el castigo del particular por tomar la iniciativa corrupta frente al funcionario



momentos anteriores a alcanzar el acuerdo entre las dos partes para cometer el cohecho, porque al aceptarse típicamente tanto la solicitud del funcionario como la oferta del particular, el delito se consuma con la verificación de cualquiera de tales conductas.<sup>73</sup>

El CP de 1973 regulaba, como especialidad respecto de los anteriores (y a su vez con influencia en el actual CP), la atipicidad de la conducta de quien ofrecía dádiva a un funcionario en consideración a su función,<sup>74</sup> completándose todas las formas de cohecho con la regulación LO 9/1991<sup>75</sup> de 22 de marzo, la cual introdujo el término dádiva junto con el de regalo, e imponiendo las penas de arresto mayor y multa, en lugar de suspensión y multa. La atenuante específica por razón de parentesco<sup>76</sup> se verá suprimida en códigos posteriores. Asimismo, resulta relevante mencionar que se regula el decomiso de las dádivas o presentes.<sup>77</sup>

Actualmente, el cohecho viene regulado en los arts. 419 a 427 CP vigente de 1995, ocupando el Capítulo V del Título XIX y rubricado “*Delitos contra la Administración Pública*” del Libro II. Los arts. 419, 420, 421, 425 y 426 CP incluyen las distintas conductas que pueden dar origen a un cohecho cometido por funcionario público. Por el contrario, las conductas típicas en las que puede incurrir un particular vienen contempladas de forma mucho más escueta, registradas en los dos apartados del art. 424 CP. Desde la perspectiva sistemática no resulta apropiado separar en artículos no consecutivos las conductas que

---

público supuso que se clasificara como un delito autónomo, penándose por separado la conducta del particular y la del funcionario público.

<sup>73</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Eds. de Derecho Reunidas Edersa, Madrid, 1996, p. 38

<sup>74</sup> Art. 390 y 391 del CP 1973

<sup>75</sup> LO 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del CP y se introduce un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias

<sup>76</sup> Art. 392 del CP 1973

<sup>77</sup> Art. 393 del CP 1973

hacen referencia a un mismo sujeto activo e intercalar entre ellos conductas propias de otros sujetos, o incluso tipos atenuados para esos otros sujetos (los particulares) con la intención de favorecer a parientes, como ocurre con el art. 425 CP. El art. 423 CP extiende lo dispuesto en los tres arts. anteriores a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública. La ubicación sistemática de este precepto hace que los casos tipificados en los arts. 426 y 427 CP, que también se refieren a los funcionarios públicos, no sean aplicables a esta serie de sujetos. Tal opción responderá a cuestiones de política legislativa difícilmente comprensibles desde la realidad de estos tipos penales. Algo similar ocurre con la ubicación sistemática del art. 424 CP (cohecho cometido por particular) que, en buena lógica, podría ir relacionado con las tres modalidades del cohecho de funcionario que le anteceden, y que produce, en cambio, que no sea aplicable a los casos de los arts. 425 y 426 CP.<sup>78</sup> La exención de responsabilidad criminal del particular que denunciare al funcionario público que le hubiere solicitado dádiva o presente, se recoge en el art. 426 CP. Se trata de una novedad del Código penal de 1995 fundamentada en razones de política criminal, a fin de favorecer y facilitar la persecución de tales delitos<sup>79</sup>; ello ha sido objeto de numerosas críticas. Se cierra el capítulo con el art. 427, que define a los funcionarios públicos extranjeros y aquéllos de la Unión Europea (UE). Dicho capítulo destaca por la infortunada técnica legislativa desplegada, puesta de manifiesto en un exceso de artículos, en su deficiente ordenación sistemática y en la utilización de un lenguaje y unos términos poco precisos. Todo lo cual contribuye a obstaculizar la regulación y tipificación del cohecho en el sector privado y, por ende, el cohecho internacional, pues aunque se trate de corrupción en los negocios y dentro del sector privado, el sustrato de la conducta y de los elementos típicos coincide en esencia con el delito de

---

<sup>78</sup> En este sentido RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *La responsabilidad del particular en el delito de cohecho*. Comentarios de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril 1998, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 1, Ed. Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 198 y 199

<sup>79</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Curso de Derecho penal económico*, 2ª edición, Eds. Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, p. 688

cohecho.

Cabe ampliar esta exposición afirmando que las posturas doctrinales más radicales se caracterizaron por defender una auto-regulación como forma de reducir el cohecho en el sector privado, pero incluso esta corriente minoritaria ha terminado por admitir que debe ser igualmente la ley, en última instancia, la que ha de garantizar un marco legal para su prevención y, en su caso, punición.<sup>80</sup> En esta línea y para contrarrestar la impunidad de algunos sobornos transnacionales, se intentó dar mayor peso al *soft law*<sup>81</sup> de origen privado y público,<sup>82</sup> así como a la armonización del derecho de los negocios procedentes de organizaciones internacionales. Las normas que se plasman en las políticas de empresa (corrupción, competencia, reglamentos internos en el ámbito de mercado de valores, programas de cumplimiento legal y penal) son mixtas en su contenido público-privado y en su génesis estatal-supraestatal; de ahí los programas anticorrupción, cuyo origen se asienta casi siempre sobre el delito de cohecho. A esta normativa se deben añadir los estándares anticorrupción que han ido publicando diversas organizaciones internacionales, tanto el Banco Mundial y numerosas Organizaciones intergubernamentales como Transparencia Internacional (TI). Pero, en definitiva, cada empresa construye su propia política anticorrupción y determina las prohibiciones, las cuales, a fin de cuentas, proceden de los Códigos penales.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> HEINE, G. u. ROSE, T., *Privat Commercial Bribery (a comparision of National and Supranational Legal Structures)*, Max Planck-Institut, Freiburg, 2003 (pp.1 a 21); [http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/FAPrivate\\_Bribery.pdf](http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/FAPrivate_Bribery.pdf) (2/6/2015)

<sup>81</sup> La expresión doctrinal *soft law* aún no ofrece contornos precisos, hace referencia a un método normativo de interés público, empleado en el Derecho Internacional, como un conjunto de instrumentos que en principio carecen de rango normativo en sentido convencional, que no han sido creados por instituciones dotadas de poder legislativo, pero que adquieren relevancia jurídica

<sup>82</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 7

<sup>83</sup> ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., *El Derecho penal Económico en la Era Compliance*, Op. Cit., pp. 13 y 14

Nuevamente y a propósito de este análisis, hay que repetir que la corrupción ha sido un asunto de funcionarios públicos o políticos ímprobos, que se aprovechaban de su cargo para vender funciones públicas o que incluso extorsionaba a los particulares, haciéndoles pagar por los servicios públicos que debían prestar.

A partir de su origen y hasta la actualidad, la comisión del delito de cohecho transnacional ha adquirido unas considerables proporciones en relación a su casuística, pues desde las compras de los entes gubernamentales en unidades y términos monetarios hasta su expansión en el sector privado, muy a menudo la raíz se encuentra en la creciente competencia desleal y en la globalización, y a ello deben hacer frente las empresas y comercios pequeños y medianos. Asimismo, la globalización ha propiciado adicionalmente el desarrollo de nuevas figuras corruptas. La liberalización de los mercados ha facilitado que los agentes con poder adquisitivo aumentaran de forma muy significativa sus beneficios y su poder de influencia económica en las políticas.

Dadas las presiones internacionales descritas, los nuevos delitos de corrupción se inscriben en el proceso de armonización legislativa del Derecho penal español, cuya tendencia es la de avanzar hacia un Derecho penal único, motivo por el que resulta fundamental analizar la normativa precedente y actual del delito de cohecho.

La ratificación por España del Convenio de la OCDE<sup>84</sup> y las propuestas europeas de lucha contra la corrupción política, económica y comercial obligó a España a adaptar la regulación del soborno transnacional a las nuevas formas de criminalidad organizada o empresarial con un agente público extranjero: los

---

<sup>84</sup> Convenio de Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la OCDE

delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. La incorporación en el CP de 1995 tuvo lugar primeramente a través de la LO 3/2000 de 11 de enero<sup>85</sup>, sucediéndose posteriores reformas legislativas que afectaban a este injusto, mediante la LO 15/2003 y la LO 5/2010, y por último la reforma la LO 1/2015 que los ubicó en el Título XIII del Libro II del CP, relativo a los delitos socioeconómicos. Estos delitos han sido el resultado de una evolutiva regularización a nivel internacional y europeo contra la creciente corrupción de los agentes públicos extranjeros.

---

<sup>85</sup> Introducción por LO 3/2000 como consecuencia directa del Convenio de Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la OCDE en 1997. La ratificación por España de dicho Convenio ha revestido una notable relevancia; tuvo lugar mediante instrumento depositado el 4 de enero de 2000, BOE 22 de febrero de 2002, aunque el mismo Convenio preveía de forma general su entrada en vigor el 15 de febrero de 1999

## **CAPÍTULO II**

# **COMPROMISOS INTERNACIONALES Y NACIONALES PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL**

En las últimas décadas ha ido aumentando la preocupación internacional por la expansión e incidencia de la corrupción en la vida política, económica y social, y se ha ido tratando de combatir con la promulgación de directrices, normativas y convenios impulsados y aprobados en el seno de las organizaciones internacionales. El delito de corrupción en el tráfico económico internacional se integró como hecho típico en el CP español a raíz de los compromisos internacionales adquiridos, los cuales evidencian el desarrollo normativo internacional en este tema y ponen de manifiesto la creciente preocupación transnacional por la corrupción económica y comercial.

Las propuestas de persecución de la llamada corrupción internacional han surgido desde diversas instituciones extranjeras internacionales. El marco institucional y el horizonte político de cada una de ellas varía y por tanto la eficacia de los respectivos instrumentos normativos en la lucha contra la corrupción transnacional también resulta diferente, si bien están inspirados unos en otros. Las distintas normas internacionales regulan objetos de protección muy diversos, aunque todos relacionados: la libre competencia en el comercio internacional, y la protección de la función pública extranjera a imagen y

semejanza de la protección de la Administración interna de cada país.<sup>86</sup>

A pesar de la multiplicidad de los Convenios internacionales que intentan luchar contra el fenómeno de la corrupción y que a continuación se expondrán sistemáticamente según el órgano y fecha en la que se dictaron, en esta materia se destacan los logros de la OCDE y de la UE; ello se debe a su especial repercusión en la política criminal e igualmente en la legislación española relativa a la corrupción en general y a las transacciones comerciales internacionales.

Toda la proliferación normativa internacional comprometió a España a desarrollar una reglamentación interna para prevenir la corrupción en el sector público y privado, así como la posible trascendencia internacional de los fraudes en ambos sectores. En este contexto, se analizarán también las distintas reformas legislativas de la regulación del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, valorándose brevemente, después, el grado y acierto en la transposición de España en materia de corrupción con agentes públicos extranjeros.

---

<sup>86</sup> CUGAT MAURI, M., "La corrupción de las transacciones comerciales internacionales", en GARCÍA ARÁN, M., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho judicial, n° 61, CGPJ, 2004, pp. 328 y 329

## A) Iniciativas normativas internacionales

### a.1. Primeros actos normativos anti-corrupción a nivel mundial: Foreign Corrupt Practices Act 1977

Como ya ocurrió en otras ocasiones a lo largo de nuestra historia más reciente y ante el hecho real de preocupación transnacional, fueron los Estados Unidos los que tomaron la iniciativa para implantar directrices y códigos de conducta de prevención de la corrupción. Frente a la plaga de la corrupción, cuya expansión creció desmesuradamente con el capitalismo y la globalización, se dictó la *Foreign Corrupt Practices Act* en 1977<sup>87</sup> (FCPA). Y aunque esta Ley no tuvo trascendencia internacional, sí fue un texto pionero para combatir y atajar la corrupción y corrosión de los intereses públicos.

Las empresas de los Estados Unidos que pretendían hacer negocios en mercados extranjeros debían adaptarse a la FCPA. Se prohibieron los pagos ilícitos a oficiales o autoridades extranjeras a los efectos de obtener o mantener el negocio en cuestión. A mediados de los años 70, la Comisión de Valores y Bolsas (SEC) de los EEUU detectó que más de 400 compañías mercantiles norteamericanas habían admitido la entrega de dádivas por valor superior a 300 millones de dólares a autoridades gubernamentales extranjeras.<sup>88</sup> A consecuencia de esos resultados estadísticos, la FCPA se pronunció al objeto de poner fin al soborno de funcionarios extranjeros, y con la finalidad de restablecer la confianza pública en

---

<sup>87</sup> Ley de prácticas corruptas en el extranjero; <http://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (07/09/2014)

<sup>88</sup> Información básica sobre la ley de los EEUU de prácticas corruptas en el extranjero; [http://www.ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/Bus\\_Ethics\\_sp/apendices/apendices\\_f\\_info rmacion.pdf](http://www.ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/Bus_Ethics_sp/apendices/apendices_f_info rmacion.pdf) (19/08/2014)



la integridad y transparencia del sistema comercial estadounidense. La FCPA contenía un aspecto relevante por el que normalmente se filtra la impunidad de la corrupción: la contabilidad empresarial para las sociedades que cotizaban valores en la bolsa norteamericana. Así, se diseñaron unas disposiciones en materia contable, de obligado cumplimiento, para cooperar en la lucha anti-soborno de las transacciones internacionales.

El Banco Mundial también contribuyó en la lucha contra la corrupción, asumiendo el compromiso de instaurar una serie de medidas que abarcaban desde la reforma del sector, hasta la cancelación de la deuda externa. En 1996 *Wolfensohn*, presidente del Banco Mundial, advirtió sobre la necesidad de conjugar las siguientes circunstancias para que los esfuerzos llevados a cabo resultaran eficaces: que existiese verdadera voluntad política de los líderes al más alto nivel, y que existiera una capacidad institucional para poner en práctica las medidas, a fin de lograr una transparencia pública y un compromiso permanente de la sociedad. Para alcanzar dichos resultados, se determinó que la premisa imprescindible era la cooperación internacional.

Otra institución financiera internacional que contribuyó no solo a la redacción de la FCPA, sino también a combatir la corrupción en el ámbito internacional, fue el Fondo Monetario Internacional (FMI). Incorporó la transparencia a los programas para el desarrollo en otros países como principio inspirador, incluyendo las condiciones de un buen gobierno. En el año 1997 elaboró una Guía para la buena gestión y gobierno y la lucha contra la corrupción, con el fin de aplicarla en todos los países miembros del FMI. Más adelante se confeccionaron Códigos de buenas conductas: el Código sobre buenas prácticas de transparencia fiscal<sup>89</sup> y el Código sobre buenas prácticas en

---

<sup>89</sup> Comité Provisional del FMI 1998, actualizado en 2001

las políticas monetarias y financieras.<sup>90</sup>

El organismo internacional y no gubernamental Transparencia Internacional (TI), creado en 1993 y fundado por financieros y empresarios, impulsó la colaboración entre organismos y estados para erradicar la corrupción en los mercados mundiales. Esta entidad aglutina organizaciones no gubernamentales, junto con organismos privados y públicos. TI aborda las diferentes facetas de la corrupción tanto en el interior de los países como en el plano de las relaciones económicas, comerciales y políticas internacionales. El propósito es comprender y afrontar las dos caras de la corrupción: quien corrompe y quien es corrompido. Sin embargo, a pesar de tan amplias pretensiones altruistas, sus recomendaciones todavía no gozan de la suficiente fuerza vinculante y obligatoria, de forma que TI ha quedado prácticamente relegada a un organismo consultivo.

A raíz de la FCPA, se distinguieron las empresas norteamericanas de aquellas otras extranjeras que pagaban sobornos rutinariamente, y de aquellas otras a las que incluso se les permitía deducir el costo como gastos de negocio en sus declaraciones fiscales.

Las tendencias armonizadoras de lucha contra la corrupción desembocaron en el impulso del órgano ejecutivo estadounidense de negociaciones, en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), al objeto de lograr un acuerdo entre los socios comerciales más importantes de los Estados Unidos;; así, en 1977 promulgaron un texto normativo de carácter internacional, similar al de la FCPA, dada su eficacia e innovación al tiempo de la aprobación.

---

<sup>90</sup> Comité Provisional del FMI 1999

La FCPA constituyó una verdadera línea precursora para la lucha contra la corrupción y esbozó, entre otros conceptos que con posterioridad adquirirían gran importancia, el principio de la territorialidad, el cual quedó definido de manera pormenorizada para la persecución de las conductas corruptas. Todos aquellos actos corruptos realizados en los Estados Unidos, a través de transacciones electrónicas o de intermediarios, transmisiones telefónicas o facsímiles, incluso viajes internacionales serían susceptibles de enjuiciarse conforme a la FCPA.

Curiosamente, la intención corrupta queda definida en la FCPA de forma similar a lo que en España se ha entendido históricamente por cohecho: la oferta o promesa de un pago corrupto que constituya la violación de la normativa citada y tienda a influir en algún acto o decisión de un funcionario extranjero o le induzca a cualquier acto que viole sus deberes legales, con el fin de obtener una ventaja indebida.

El elemento “extranjero” en el cohecho queda insertado a través de la figura del funcionario extranjero, cuya definición en la FCPA muestra, además, cierta analogía con la utilizada por el CP español actual: un funcionario extranjero de hecho o de derecho. La persecución de estas conductas corruptas se contempló tanto desde la vía penal como desde la vía civil, incluyendo la vía mercantil si se incurriese en competencia desleal a través del cohecho internacional.<sup>91</sup>

También debe tenerse en cuenta la relevancia de los aspectos típicos destacados en la FCPA, pues data de 1997, y aunque tan solo poseía un valor

---

<sup>91</sup> Ley RICO, *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. Aprobada en 1970 por el Congreso de los EEUU. La iniciativa permitió la persecución y sanciones civiles por determinados actos criminales realizados en una empresa. Dicha ley se ubica en el Capítulo 96 del Título 18 del Código de los EEUU, que regula los delitos federales y el procedimiento penal. La finalidad de esta norma fue eliminar los efectos negativos que producía la delincuencia organizada en la economía estadounidense.

vinculante estatal, influyeron sin género de duda en la redacción de posteriores pautas internacionales y europeas en la lucha contra la corrupción internacional.

Asimismo, la labor de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para combatir la corrupción ha resultado crucial respecto a la promoción de iniciativas internacionales. En la década de los años 70 publicó un informe, donde se destacaba la necesidad de elaborar un tratado internacional en el seno de las Naciones Unidas (ONU) contra la extorsión y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, considerando fundamental introducir la acción de los gobiernos y las organizaciones internacionales.<sup>92</sup>

## a.2. Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996

En el año 1996 y con anterioridad a la conocida Convención de la OCDE, la Organización Mundial de Comercio (OMC) desempeñó un papel muy activo en lo que se refiere a la redacción y el impulso de las Recomendaciones de la CCI. En las mismas, la extorsión y el cohecho constituyeron, claramente, los factores determinantes en la distorsión del mercado internacional.<sup>93</sup>

Los antecedentes más remotos que han influido en la nueva regulación del

---

<sup>92</sup> HEIMANN, F. y HIRSCH, M., *Cómo se combate la extorsión y el cohecho desde el frente de la empresa internacional; Los esfuerzos contra la corrupción desde la Cámara de Comercio Internacional*, en Informe OCDE 2000, *Las reglas del juego cambiaron; la lucha contra el soborno y la corrupción*, Ed. OCDE, México, 2000, pp. 215 a 222

<sup>93</sup> Reglas de Conducta de la CCI para combatir la extorsión y el cohecho, adoptadas por el Comité Ejecutivo de la CCI el 26 de marzo de 1996, no precisan cambios. La CCI publicó en 1999 un manual que incluía las mejores prácticas empresariales para acompañar las Reglas de Conducta y para ofrecer una guía para el cumplimiento del Convenio de la OCDE, *Fighting Bribery*, publicación CCI n° 610

actual artículo 286 ter CP de 1995<sup>94</sup> se remontan de forma indirecta a la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996. Ésta constituyó el primer compromiso internacional para la promoción del buen gobierno y un sistema amplio de cooperación frente a la impunidad de la corrupción. Fue rubricada por 34 países de la Organización de los Estados Americanos,<sup>95</sup> que consensuaron el firme propósito de promover todo tipo de intervenciones jurídicas (no solo de carácter jurídico penal) y de carácter institucional, además de la adopción de normas de conducta y códigos éticos para funcionarios públicos.<sup>96</sup>

La CICC fue un instrumento clave en cuanto a su trasposición y aplicación en Latinoamérica, pues la constituyen, aún hoy y por lo general, sociedades con procesos de integración traumáticos, donde la mayoría de sus instituciones públicas aún se encuentran en proceso de afianzamiento democrático y económico. La Convención tuvo por finalidad actuar como medio para frenar los desmanes de la corrupción y la irresponsabilidad pública, si bien la actualidad contradice la estela de su eficacia a pesar de sus benévolos propósitos.

La CICC recogió medidas de carácter preventivo, en el artículo III del documento, y medidas de carácter represivo contempladas en sus artículos VI y VII. Dichas medidas preventivas resultaron ser excesivamente genéricas, de

---

<sup>94</sup> El antecedente más directo era el anterior art. 445 del CP, los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

<sup>95</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html> (12/09/2014)

<sup>96</sup> CICC 29/3/1996 (Preámbulo): “(...) del combate contra la corrupción para fortalecer las instituciones democráticas y evitar distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social, reconociendo además que la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos y contemplando la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción, la cual en algunos casos posee gran trascendencia internacional. Con tal motivo se requirió un instrumento internacional para armonizar la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción y adoptar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos”.

modo que cada país las adoptaría conforme a sus costumbres y legislación.<sup>97</sup> Por lo que respecta a las medidas represivas se tipificó la punibilidad del cohecho activo y pasivo clásico, pero como la Convención ha de interpretarse a la luz de cada ordenamiento jurídico particular, según disponen sus artículos VIII y IX, ello facilita la debilidad y falta de fuerza obligatoria del documento para su trasposición íntegra. Junto a estas medidas se instauraron otras relativas a articular la cooperación gubernamental, judicial y bancaria entre Estados, respecto a la persecución y enjuiciamiento de conductas corruptas, utilizando para tal fin la extradición.

En la CICC se echa en falta, a diferencia de lo promulgado en la FCPA, la definición de funcionario público extranjero, pero no hay que olvidar que es el primer documento transnacional que promueve la cooperación y coordinación de los Estados para sancionar el cohecho internacional, operado a través de transacciones comerciales internacionales.

La iniciativa estuvo cargada de buenas intenciones, mas lamentablemente han quedado relegadas al plano teórico por falta de concreción y de coerción del documento y de las medidas establecidas. Actualmente, los índices de percepción de la corrupción elaborados por TI apuntan a un elevadísimo grado de corrupción en Latinoamérica, proveniente en gran medida de los sobornos ofrecidos por empresas multinacionales de origen europeo.<sup>98</sup>

Tras la aprobación de la CICC, en Europa también dieron comienzo los primeros movimientos preventivos para atajar los problemas derivados de la corrupción en el sector financiero, de forma paralela a las labores de la OCDE en

---

<sup>97</sup> MANFRONI, C. A. y WERKSMAN, R., *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 126 y 127

<sup>98</sup> <http://www.transparency.org/country> (19/08/2014)

la lucha contra la corrupción.

### a.3. Convenio para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, 17 de diciembre de 1997 en París de la OCDE

La OCDE nace en 1960 y se convierte en un instrumento multilateral para promover el máximo crecimiento económico entre sus miembros, así como una mayor apertura al comercio e inversiones internacionales. La OCDE dota a sus miembros y participantes no miembros de un foro en el que debatir, negociar e implantar las mejores políticas públicas y económicas en el mercado internacional. Es una organización de carácter preeminentemente económico y pretende coordinar políticas nacionales e internacionales.

En consideración a que el soborno es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que hace surgir serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales, la OCDE centró su dedicación absoluta, desde su creación, a la lucha contra el cohecho internacional y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales en el ámbito del sector privado.

En 1997, la aprobación de la Recomendación sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo de la OCDE el 23 de mayo de 1997, revistió una importancia crucial que, entre otras cuestiones, reclamaba medidas eficaces para la disuasión, la prevención y la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en

relación con las transacciones comerciales internacionales y, en particular, la tipificación como delito de dicha corrupción de forma eficaz. Se coordinaron dichas actuaciones conforme a los principios jurisdiccionales y jurídicos de cada país firmante.

El 17 de diciembre de 1997 se acordó definitivamente, en París, el Convenio para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicho Convenio ha sido suscrito por 48 países,<sup>99</sup> y las resoluciones correspondientes fueron previamente acordadas y recomendadas por la ONU, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, el Consejo de Europa y la UE, además de contar con la colaboración de distintas compañías, organizaciones de negocios, sindicatos y organizaciones no gubernamentales. Resultaba pues evidente que para alcanzar un cierto progreso en el campo de la lucha contra la corrupción, se precisaban no solo esfuerzos a nivel nacional, sino también la cooperación multilateral.<sup>100</sup>

La Convención estipula que la legislación en la que se tipifique como delito penal el cohecho de un funcionario público, deberá ser aplicable a todas las personas tanto físicas como jurídicas, y deberá abarcar también el ofrecimiento o promesa de la entrega de cualquier dádiva constitutiva de soborno. Se penará como un delito autónomo, con independencia de que la conducta típica se realice mediante intermediario y el beneficiario sea un funcionario público extranjero o un tercero. Igualmente habrán de prohibirse todas las formas de cohecho, incluidas las ventajas tangibles o intangibles y las pecuniarias o no pecuniarias. El Convenio tiene también por objeto, además de sancionar el cohecho sobre

---

<sup>99</sup> <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm> (9/6/2015); 41 países miembros de la OCDE y 7 países no miembros

<sup>100</sup> Convenio para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 17 de diciembre de 1997, (Preámbulo)



transacciones comerciales internacionales, castigar cualesquiera otras ventajas ilícitas en los negocios, lo que a su vez puede implicar la obtención de contratos a nivel internacional y cualquier tipo de permisos reglamentarios o tratos preferentes en materia fiscal o aduanera, así como en procedimientos judiciales o incluso también legislativos.

El mencionado Convenio constituyó un punto de referencia de suma importancia en la cooperación internacional para reprimir el cohecho y la corrupción. Por primera vez, las mayores empresas comerciales y de inversión del mundo, que en total representan más de un 70% del comercio mundial y el 90% de la inversión extranjera directa, actuaron de forma acorde para intentar detener el flujo de sobornos a funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.<sup>101</sup> Y ello gracias a que este Convenio multidisciplinar de 1997 incluye también normas de carácter no penal sobre la prevención, transparencia global y cooperación entre países. Asimismo exige a las partes que prohíban las deducciones fiscales procedentes de sobornos. Sin embargo, no basta con declarar ilegal el cohecho, ya que, comenzando por las propias empresas, éstas han de tener el cometido de modificar la cultura empresarial que permite que dicha práctica continúe siendo una realidad. Las Directrices para las empresas transnacionales de la OCDE contemplan un capítulo sobre las medidas que las empresas deberían acometer, a fin de evitar el cohecho y eliminar la corrupción tanto activa como pasiva. Los principios de la OCDE para el gobierno de la empresa, al reivindicar mayor transparencia financiera e informativa, establecen un marco disuasorio respecto al soborno.

El trabajo de la OCDE sobre la gestión pública trata los aspectos más

---

<sup>101</sup> Convención OCDE 1997, síntesis de política de la OCDE elaborada por la división de Asuntos Públicos, Dirección de Asuntos Públicos y Comunicados, publicados bajo responsabilidad del Secretario General por "*L'Observateur*" de la OCDE, Julio 2004; <https://www.observeurocde.org> y <https://www.oecd.org> (5/08/2013)

generales de la prevención, detección y penalización de conductas indebidas por parte de funcionarios públicos. Las actividades realizadas con países no miembros tienen por objeto ayudar a estos países a reformar la política nacional y aumentar las normas internacionales contra la corrupción. Hay que añadir, de forma especial, que la OCDE está contribuyendo a la aplicación de la Convención mediante actividades sobre garantías de créditos y créditos oficiales a la exportación, lo que incluye una declaración de actuación para exigir la adopción de medidas oportunas que frenen el cohecho, antes de la concesión de créditos a la exportación por parte de los miembros.

En cuanto a la persecución de estos delitos, y así lo exige el Convenio, los países firmantes han de disponer de sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias en relación con esta tipología de cohecho. Para el caso en que el ordenamiento jurídico de algún país no atribuyese responsabilidad penal a las empresas, las personas jurídicas deberán someterse entonces a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias, aunque no tengan carácter penal. De igual modo, es preciso que se tomen las medidas necesarias para adecuar una jurisdicción competente en el enjuiciamiento del cohecho de un funcionario público extranjero, en caso de que el delito se cometiese en el territorio nacional. Lo mismo ocurre respecto de la persecución de los nacionales por delitos cometidos en el extranjero. Si sucediera que más de un país ostentase potestad jurisdiccional y poseyera competencia objetiva y territorial sobre un presunto acto delictivo de este tipo, los Estados pertinentes deberán resolver y consultar entre sí tal conflicto de jurisdicción internacional, abogando por la jurisdicción más apropiada. En la práctica se acude a los convenios bilaterales o a las leyes de extradición del país en cuestión, sin embargo este posible conflicto jurisdiccional no ha quedado realmente aclarado mediante la solución pacificadora, inspirada en el principio de colaboración y flexibilidad que propugna el Convenio.

El Convenio de la OCDE abrió el camino a la consolidación posterior, la adopción de resoluciones, el desarrollo y la ejecución de las medidas en él previstas de lucha contra la corrupción en sus distintas vertientes, que había iniciado la Asamblea General de las Naciones Unidas, delegando posteriormente tal cometido al Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.<sup>102</sup>

La importante ratificación de España del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales comerciales tuvo lugar mediante instrumento depositado el 4 de enero de 2000,<sup>103</sup> aunque dicho Convenio preveía, de forma general, su entrada en vigor el 15 de febrero de 1999.

El Convenio de la OCDE actuó como una especie de Ley de Bases para el posterior Acuerdo adoptado en el seno europeo relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembro de la Unión Europea,<sup>104</sup> y ratificado igualmente por el Estado español.

La ratificación por España del Convenio reviste una enorme trascendencia para la posterior interpretación de los términos empleados en el art. 286 ter y el antiguo art. 445. El Convenio de la OCDE supuso un gran cambio innovador en materia de corrupción internacional para el ordenamiento jurídico español.

El art. 1 del instrumento de ratificación del Convenio de la OCDE define el

---

<sup>102</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General de las ONU sobre Medidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones internacionales comerciales, A/RES/53/153/176 de 25 enero de 1999, y UNCAC de 31 octubre de 2003

<sup>103</sup> BOE nº 46 de 22 de febrero de 2002

<sup>104</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) 195 de 25 junio de 1997 (Documento 497Ao 625), ratificado por España el 30 de noviembre de 1999

delito de corrupción de agentes públicos extranjeros claramente y de forma más extensa que el Convenio original: *"cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Cada Parte tomará, también todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esta Parte."*

A los efectos del presente Convenio se entenderá por agente público extranjero: cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública. Por país extranjero se entenderán todos los niveles y subdivisiones del gobierno, desde el nacional al local. El funcionario público actuará o se abstendrá de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales, ello abarcará la posibilidad del uso de la posición del agente público, dentro y fuera de la competencia autorizada de ese agente.

El Convenio recoge la posibilidad de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas. En lo relativo a la jurisdicción, se establece que cada estado tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción sobre la corrupción de un agente público extranjero, cuando el delito se cometa en todo o en parte en su propio territorio. Asimismo, cada parte que tenga jurisdicción para

perseguir a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero adoptará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción, con el fin de proceder de ese modo respecto a la corrupción de un agente público extranjero y conforme a los mismos principios. Cuando más de un Estado tenga jurisdicción sobre alguna de las conductas delictivas previstas en el Convenio, las partes interesadas deberán realizar consultas para determinar la jurisdicción más apropiada en cuanto a la persecución.

La OCDE se encarga en la actualidad de garantizar que todas las Partes apliquen la Convención en su totalidad. Realiza numerosas revisiones en la aplicación del Convenio, que a su vez comprende tres fases de investigación. Los resultados de las comisiones de investigación y evaluación son concluyentes, pero no son vinculantes a efectos de sanciones e incumplimientos. La OCDE, y en concreto el Convenio de 1997, constituye un punto de referencia en la cooperación internacional para reprimir el cohecho y la corrupción.

La tendencia armonizadora y normativa en materia de lucha contra la corrupción fue adquiriendo cada vez mayor notoriedad en el ámbito mundial, de forma que al Convenio de la OCDE le sucedieron multitud de normas y convenios internacionales y nacionales para su desarrollo, mejora, actualización o adaptación a otros países no firmantes.

#### a.4. Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, adoptada en julio 2003

Al hilo de lo anterior surgió la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, adoptada en julio 2003 y creada para

fortalecer las leyes contra la corrupción en el continente africano.

Dicha Convención enumera un catálogo de conductas delictivas y corruptas con el objetivo de que éstas sean castigadas por las legislaciones nacionales. La Convención contempla medidas para detectar e investigar los delitos de corrupción. También determina la jurisdicción de los Estados, que se ejercerá con la ayuda de la asistencia interestatal a fin de descubrir a los funcionarios implicados. Necesariamente hay que poner de relieve que este documento contiene, además, un incentivo esencial consistente en promover la educación y fomentar la conciencia ética de las personas respecto a los males de la corrupción.<sup>105</sup> El cumplimiento de las anteriores premisas, plasmadas en todo el articulado de la Convención, es supervisado con regularidad por un Consejo Consultivo de la Unión Africana.

El valor del Convenio de la Unión Africana debe buscarse en la intencionalidad de los países que lo aprobaron y que no estaban representados en otros organismos internacionales, los cuales habían confeccionado otras iniciativas legislativas internacionales en la lucha contra la corrupción, como ya se ha indicado antes. No obstante, el cumplimiento y aplicación de este Convenio no ha sido suficiente ni riguroso, ya que los índices de corrupción en la mayoría de los países africanos continúan siendo los más elevados, de acuerdo a las estadísticas de TI en los últimos años.<sup>106</sup>

La corrupción se extiende, fundamentalmente, dentro de los propios sistemas políticos y, desgraciadamente, en algunos países africanos ha llegado a

---

<sup>105</sup> MUNA, A., "The African Union Convention against Corruption, Global," en *Corruption Report*, Transparency International, Ed. Pluto Books, London, 2004, pp. 116 a 120

<sup>106</sup> Resultados de los índices globales de corrupción de 2013; <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/> (20/08/2014), situándose Somalia en el puesto más alto, seguido de Sudán y Libia, e intercalado por Afganistán y Corea del Norte

formar parte del comportamiento cotidiano en las personas y en las instituciones públicas; en el caso de África, además, debe sumarse el factor de la pobreza y los bajos salarios de los funcionarios públicos, en especial en los países aún en vías de desarrollo.

### a.5. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: Convención de Mérida de 2003

Ante el panorama internacional, donde se perciben las consecuencias nefastas a nivel humanitario que como lastre deja la corrupción, la intervención de la ONU resultó sustancial. La ONU se fundó en 1945 como una organización internacional con el compromiso de mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad, promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los derechos humanos. Estas premisas enlazan con la aspiración de luchar contra la corrupción y sus efectos devastadores.

Como consecuencia de la trayectoria internacional analizada en el marco del elenco de instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción,<sup>107</sup> nació en el seno de la ONU la Convención de las Naciones Unidas

---

<sup>107</sup> La ONU reconoció los siguientes instrumentos multilaterales como inspiración para acordar la Convención: *Convención Interamericana contra la Corrupción*, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996; el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea*, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997; el *Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, aprobado por la OCDE el 21 de noviembre de 1997; el *Convenio de Derecho penal sobre la corrupción*, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el *Convenio de derecho civil sobre la corrupción*, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999; y la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción*, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003, y

contra la corrupción (UNCAC), también conocida como la Convención de Mérida, cuyo origen se sitúa en la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito y que entró en vigor en diciembre 2005.<sup>108</sup>

Este documento junto con el Convenio de la OCDE representan los instrumentos internacionales más significativos para España en la lucha contra la corrupción.

La UNCAC se inscribe en el marco de un conjunto de iniciativas llevadas a cabo por organismos internacionales. El Anexo 1 recoge brevemente los instrumentos jurídicos internacionales aprobados y el Anexo 2 recopila las principales recomendaciones sobre la lucha global contra la corrupción. En esta línea, las reuniones ordinarias de la Asamblea General que versaron sobre grandes aspectos en materia de corrupción, relacionados con un desarrollo sostenible, a las que posteriormente se sumaron las Conferencias Internacionales, como la de Monterrey<sup>109</sup> y la de Johannesburgo<sup>110</sup>. La significatividad de la ONU reside en que este organismo viene trabajando en la prevención y la lucha contra la corrupción desde hace un par de décadas. Y la génesis de la UNCAC surge a partir de la Declaración de Viena.<sup>111</sup>

---

por último partiendo de las bases jurídicas que dispuso la Resolución 55/25, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*.

<sup>108</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), también conocida como la Convención de Mérida, por haber sido adoptada en esa ciudad de México, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, al reunir las 30 ratificaciones requeridas. Actualmente, está integrada por 126 Estados miembros; <http://www.programaanticorrupcion.gob.mx> (24/08/2014), fue ratificado en España y publicado en el BOE nº 171 de julio de 2006

<sup>109</sup> *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*, Monterrey, México, Marzo 2002, pp.18 a 22

<sup>110</sup> *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo sostenible*, Johannesburgo, República Sudafricana, de 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002

<sup>111</sup> 10º Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de la Delincuencia Organizada Internacional



Los Estados miembros<sup>112</sup> confeccionaron dicho documento para paliar la preocupación por la gravedad de los problemas y amenazas que planteaba la corrupción de cara a la estabilidad política y a la seguridad civil y ciudadana de las sociedades, puesto que socava las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia. La corrupción compromete el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, haciendo que se incremente el temor a la delincuencia económica y organizada. En ese panorama de inquietudes, la citada Convención pretendió implantar un sistema de cooperación internacional para la erradicación de la corrupción a través de un enfoque multidisciplinar, al quedar bien entendido que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley.<sup>113</sup>

*“La Convención introduce un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentos destinados a la lucha contra la corrupción. En ella se pide se adopten medidas preventivas y tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como en el privado. Además, se da un paso decisivo al exigir a los Estados Miembros que devuelvan los bienes procedentes de la corrupción al país de donde fueron robados.”<sup>114</sup>*

La Convención fue el fruto de la Resolución 58/4 de la Asamblea General de 31 de octubre de 2003, que permitió el desenlace de Resoluciones dictadas en el seno de la ONU. En la Resolución 55/61<sup>115</sup> y la Resolución 55/188<sup>116</sup> se instituyó un comité especial encargado de negociar un instrumento jurídico

---

<sup>112</sup> Países miembros: 171; Adhesión y ratificación: 140 países; <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (27/08/2014)

<sup>113</sup> Preámbulo de la UNCAC, Nueva York, 2004

<sup>114</sup> UNCAC, *Prefacio*, KOFI A. ANNAN, (Secretario General), Resolución 58/4 de la Asamblea General, Op. Cit.

<sup>115</sup> Resolución 55/61 de 4 de diciembre de 2000 de la ONU

<sup>116</sup> Resolución 55/188 de 20 de diciembre de 2000 de la ONU

internacional y eficaz contra la corrupción, resultando en un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta, y concluyendo en el análisis para la prevención y represión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen.

Otras Resoluciones posteriores y contemporáneas desarrollaron las cuestiones citadas<sup>117</sup>, hasta que el precedente de la Convención se asentó en la Resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social:<sup>118</sup> *“Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”*.

Una de las finalidades perseguidas por la Convención radica en promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.<sup>119</sup> Se deben enfatizar algunos aspectos fundamentales introducidos por la Convención puesto que, como más adelante se analizará, constituirán las líneas directrices en virtud del compromiso internacional de España para la correcta interpretación y aplicación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

La definición de algunos elementos típicos de los injustos relativos a la corrupción es bastante exhaustiva y concreta, teniendo en cuenta que se trata de un documento internacional y multilateral. La descripción del concepto de

---

<sup>117</sup> Otras Resoluciones 56/186 de 21 de diciembre de 2001 y 57/244 de 20 de diciembre de 2002, relativas a la prevención de las prácticas corruptas y la transferencia de fondos de origen ilícito, la lucha contra ellas y la repatriación de esos fondos de origen ilícito; la Resolución 57/169 de 18 de diciembre de 2002, en la que aceptó, con reconocimiento, el ofrecimiento del Gobierno de México de ser anfitrión y programara una conferencia política de alto nivel, con objeto de firmar la convención, además de pedirle al Secretario General que programara la conferencia por un período de tres días antes del fin de 2003.

<sup>118</sup> Resolución 2001/13 de 24 de julio de 2001, ONU

<sup>119</sup> Art. 1 de la Convención de Mérida

funcionario público extranjero se recoge desde un punto de vista muy amplio, lo cual permite encajar múltiples figuras internacionales, tales como sujetos activos o pasivos de conductas corruptas. Se contemplan, asimismo, medidas provisionales y concretas respecto de los bienes procedentes de delito, tales como el embargo preventivo o el decomiso, o la denominada entrega vigilada.<sup>120</sup>

Las políticas y prácticas de prevención sobre la corrupción, que recoge la Convención, van dirigidas a cada Estado miembro, otorgando la libertad legislativa y ejecutiva suficientes para adaptar y materializar los principios y metas que propugna el citado documento internacional, es decir, la transparencia, la equidad y la aptitud aplicadas por la creación de órganos especiales de prevención de la corrupción.<sup>121</sup>

Los preceptos relativos al sector público y al código de conducta de los funcionarios públicos merecen una mención especial en el campo de la prevención de la corrupción.<sup>122</sup> Los mecanismos para la concienciación de la sociedad de los principios éticos y en especial del funcionariado, así como la implantación de unas reglas generales en el sector público, concretamente en la gestión de la hacienda pública y la contratación pública, contribuyen a la prevención político criminal de la corrupción nacional e internacional.<sup>123</sup> Igualmente resulta de interés el precepto relativo a la enumeración de las medidas recomendadas, a adoptar por el sector privado y referidas a la mejora de normas contables y de auditoría.<sup>124</sup>

La penalización y aplicación de la ley se sistematiza en el Capítulo III,<sup>125</sup> el

---

<sup>120</sup> Art. 2 de la Convención de Mérida

<sup>121</sup> Arts. 5 y 6 de la Convención de Mérida

<sup>122</sup> Arts. 7 y 8 de la Convención de Mérida

<sup>123</sup> Art. 9 de la Convención de Mérida

<sup>124</sup> Art. 12 de la Convención de Mérida

<sup>125</sup> Arts. 15 a 42 de la Convención de Mérida

cual influirá sobremanera en la interpretación y el análisis de los delitos de corrupción internacional, regulados en el Código Penal español, dado el compromiso internacional de España por cumplir lo pactado en la Convención de Mérida. También establece que el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas deberá penalizarse en función de las medidas legislativas y administrativas que adopte cada Estado Parte o Estados miembros. Junto con este tipo de soborno se regula la malversación de fondos públicos, el tráfico de influencias, el abuso de funciones y el blanqueo de capitales, así como el encubrimiento, la responsabilidad de las personas jurídicas y las conductas corruptas análogas en el sector privado. En cualquier caso, la cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado habrá de constituir la condición principal. Por último, se estipulan normas de derecho internacional para determinar la jurisdicción enfocada al enjuiciamiento de dichas conductas corruptas, que se incardinarán en nuestro ordenamiento jurídico a través del principio de justicia universal.<sup>126</sup>

Dicha cooperación internacional se manifiesta en su forma más clara y efectiva no solo en el intercambio de información, sino en las normas genéricas de extradición a observar y acatar por los Estados miembros.<sup>127</sup>

De igual modo quedan previstas las últimas consecuencias del delito, mediante las distintas formas de recuperación de activos que se proponen en el Capítulo V, por lo que, además de todo lo analizado, puede concluirse que la Convención de Mérida acota la corrupción desde una perspectiva genérica, pero multidisciplinar.

---

<sup>126</sup> Art. 22 de la LOPJ 6/1985 de 1 de julio

<sup>127</sup> Capítulo IV; artículos 43 y 44 de la Convención de Mérida

La UNCAC mejora considerablemente el alcance de la Convención de la OCDE y aglutina, de forma más compacta, instrumentos como la penalización de la extorsión a los funcionarios públicos.<sup>128</sup>

Son merecedores de reconocimiento los esfuerzos de la comunidad internacional por resolver y minimizar los problemas humanos, políticos, económicos y sociales derivados de la corrupción a través de la cooperación internacional, pero aun así la prioridad de los intereses políticos y económicos sigue siendo otra. Sin embargo, por encima de los proyectos bien intencionados se posicionan otras aspiraciones en cierto modo inmorales y antijurídicas, provenientes de fuerzas sociales que influyen y actúan desde el poder político.<sup>129</sup>

La falta de fuerza obligatoria y el intento por homogeneizar las medidas, respetando los distintos ordenamientos jurídicos de los distintos países y la libertad legislativa, conlleva que determinadas conductas corruptas se releguen a un vacío legislativo que produzca la inmunidad, como, por ejemplo, el soborno pasivo de un funcionario público extranjero, el tráfico de influencias, el abuso de funciones públicas y el enriquecimiento ilícito. La mayoría de las disposiciones que versan sobre la penalización de dichas conductas están redactadas de forma abierta: *“cada Estado adoptará”, “cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar”*. No se consiguió, pues, implantar unos estándares comunes.<sup>130</sup>

La falta de mención concreta de la obligación en penalizar el soborno y la malversación procedente del sector privado es digna de crítica. No son

---

<sup>128</sup> Art. 15 de la Convención de Mérida

<sup>129</sup> La actitud de algunos países, en concreto el poder gubernamental de turno, fueron reticentes a la hora de firmar la UNCAC, probablemente para evitar el enjuiciamiento disparado de conductas habituales de sus políticos y ciudadanos en países con sistemas judiciales arcaicos, poco garantistas y sin celeridad

<sup>130</sup> Regularmente la ONU convoca sesiones y reuniones para la revisión de la UNCAC, las últimas han tenido lugar en Doha 2009 y Viena 2011

desconocidas las situaciones actuales en algunos países, donde la frontera entre el sector privado y el público resulta muy imprecisa, especialmente tras la globalización, el *outsourcing* y la privatización de las empresas estatales.<sup>131</sup> La tolerancia respecto de la corrupción privada obstaculiza y ralentiza la prevención y lucha contra la corrupción pública.<sup>132</sup>

Todos los instrumentos normativos internacionales, anteriormente analizados, configuran la naturaleza social, jurídica y económica en la que ha de interpretarse el injusto de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales dentro del Derecho penal español. Los antecedentes internacionales influyen de forma indirecta, aunque significativa, en la delineación del bien jurídico protegido, así como en el estudio jurídico crítico de su ubicación sistemática en el CP y de sus elementos característicos.

---

<sup>131</sup> ARGANDOÑA, A., "Private to private corruption", *Journal of Business Ethics*, parte II, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2003, pp. 2 a 17

<sup>132</sup> WEBB, P., *The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity?*, "Journal of International Economic Law", 8 (1), Ed. Oxford University Press, 2005, pp. 191 a 229

## **B) Iniciativas normativas en la Unión Europea**

La corrupción afecta con mayor o menor grado de intensidad a cada uno de los países de la UE. Los perjuicios han sido, y son, nefastos a nivel financiero y social, ya que ha ido minando la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas.

La lucha contra la corrupción viene siendo, sin duda, uno de los objetivos en la UE, si bien no existe un Derecho penal propio de la UE. El propio Tratado de la Unión Europea (TUE) contiene una mención expresa sobre la lucha contra la corrupción. Una de las premisas para lograr combatir de forma real y eficaz la corrupción se centra en la cooperación judicial y política de los países europeos.

En paralelo a las primeras iniciativas internacionales para luchar contra la corrupción, en la Unión Europea se fue despertando una cierta preocupación por atajar la materia, bien entendido que, al principio, las consecuencias de la corrupción se circunscribían solo al ámbito económico.

Inicialmente, el Acto del Consejo Europeo de 26 de julio 1995 confeccionó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.<sup>133</sup>

La protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas en la corrupción quedó preservada en el Protocolo del Convenio de 26 de julio de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (convenio de la UE).<sup>134</sup> Este protocolo hizo especial hincapié en la

---

<sup>133</sup> DOCE 316, de 27.11.1995

<sup>134</sup> DOCE 313, de 23.10.1996, Protocolo establecido sobre la base del art. K3 del Tratado de la UE, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la CCEE, de 27 de septiembre

definición de los conceptos de funcionario y corrupción activa y pasiva, así como en la armonización de las sanciones para los delitos de corrupción. Dicho documento dictaminó en su art. 5 que, “(...) viéndose amenazados los intereses financieros de las CCEE por actos de corrupción activa o pasiva cometidos por funcionarios públicos nacionales o comunitarios responsables de la percepción, la gestión o el desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control, debían castigar los Estados miembros dichas conductas con sanciones penalmente eficaces, proporcionadas y disuasorias que en los casos graves se castiguen con penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición (...)”. El citado Protocolo quedó casi sin efecto cuando se adoptó el Acto el 26 de mayo de 1997, por el que quedó aprobado el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE.<sup>135</sup> Este Convenio utilizó en su art.1 idéntica definición de funcionario comunitario y nacional que el Protocolo anteriormente referido. Por funcionario comunitario se entendió, “toda persona que tenga la condición de funcionario o agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de la CCEE o del Régimen aplicable a otros agentes de las CCEE, toda persona puesta a disposición de las CCEE por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las CCEE(...), se asimilarán a los funcionarios comunitarios los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las CCEE, así como el personal de dichos organismos, en la medida en la que el Estatuto de los funcionarios de las CCEE no les sea aplicable.” La definición de funcionario nacional deberá obtenerse con remisión al Derecho interno de cada país miembro, aunque según refiere el art. citado de este Convenio, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté

---

de 1996 entró en vigor de forma general y para España el 17 de octubre de 2002, BOE nº 233 de 29 de septiembre de 2003, tras la oportuna corrección de errores

<sup>135</sup> Acto del Consejo de Europa, de 26 mayo de 1997, adoptado en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea 97/C 195/01; se estableció sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembro de la Unión Europea



implicado un funcionario de un país miembro, incoadas por ese Estado miembro, solo deberá aplicarse la definición de funcionario nacional en la medida en que tal definición resulte compatible con el Derecho nacional en cuestión. A diferencia del Convenio de la OCDE, en el documento europeo descrito no se incluyeron los funcionarios de otras organizaciones internacionales ni de otros Estados distintos a los miembros de la UE. Por último, este Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas fue también completado por un Segundo Protocolo adicional,<sup>136</sup> donde se exigió a los Estados miembros en su art. 1 que tipificasen el blanqueo de capitales relacionado con el fraude y la corrupción activa y pasiva. Asimismo cabe destacar su art. 3, que señaló que los Estados miembros debían garantizar la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas por actos de corrupción activa cometidos en su beneficio.

A continuación y dentro del contexto del desarrollo normativo sobre la adopción de medidas contra el cohecho internacional, el Comité de Ministros constituyó en 1996 un Grupo Multidisciplinar contra la Corrupción (GMC) bajo la dependencia conjunta de otros dos órganos permanentes del Consejo de Europa: los Comités permanentes de Problemas Criminales y de Cooperación Jurídica.

La primera función encomendada al GMC fue proponer un Plan de Acción contra la Corrupción a escala europea, en el cual tuvieran cabida instrumentos jurídicos que comprometieran a los Estados de forma coherente y concertada. En el año 1997 el Comité de Ministros aprobó una declaración formal, *20 Principios Directores contra la Corrupción*, o síntesis de las orientaciones comunes del Consejo de Europa. Ésta fue la primera declaración que recopiló algunos de los

---

<sup>136</sup> Segundo Protocolo establecido sobre la base del art. K del Tratado de la UE del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las CCEE, de 19 de junio de 1997, DOCE C 221, de 19 de julio y entró en vigor para España el 19 de mayo de 2009, BOE nº 286 de 27 de noviembre de 2009

denominados planteamientos tradicionales de la acción institucional contra la corrupción: persecución, limitaciones en la inmunidad, y códigos éticos de funcionarios y profesionales. Se introdujeron también novedades ya formuladas desde otras instancias internacionales tales como la corrupción de agentes públicos extranjeros, y ello a raíz del Convenio de la OCDE. En aquel momento, el enfoque de la corrupción hacía referencia principalmente al desarrollo institucional de la Unión Europea y sus países miembros, es decir, en lo que respecta a la transparencia, el control de las cuentas obtenidas en programas públicos y a la intención de crear organismos autónomos para la lucha contra la corrupción.

En Bruselas, ese mismo año y en el seno europeo, la Comisión de las Comunidades Europeas elaboró una Comunicación al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo acerca de la instauración de una política global de la Unión Europea contra la corrupción. En la Comunicación inicial sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción, se sugirió la prohibición de la desgravación fiscal de los sobornos, las normas sobre la adjudicación de contratos públicos, la introducción de normas contables y de auditoría, junto con medidas en relación con la ayuda y asistencia externas. La significación de tales iniciativas reside en las actuaciones que a continuación pasamos a describir de forma cronológica y simultánea.

En primer lugar, a partir del art. 29 del Tratado de la Unión Europea que versa sobre la prevención y la lucha contra la corrupción, bien sea ésta organizada o no, la actuación se define como uno de los objetivos para lograr la creación y salvaguardia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, por medio de una mayor cooperación judicial, policial y aduanera. También se hace un llamamiento a la aplicación de las normas penales internacionales. De ahí que el Consejo de la Unión Europea, en su Plan de Acción para luchar contra la

delincuencia organizada,<sup>137</sup> abogara por una política global de lucha contra la corrupción, centrándose en las medidas preventivas y habiendo tenido en cuenta el trabajo realizado en otros foros internacionales.

En dicho Plan de Acción se invitó a los Estados miembros, al Consejo y a la Comisión a abordar de forma conjunta todos los aspectos ligados al correcto funcionamiento del mercado interior y de otras políticas internas, así como también de la ayuda y la cooperación exteriores.

En respuesta a la invocación de esta directriz política, la Comisión presentó otra Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo donde proponía un abanico de medidas como: prohibición de la desgravación fiscal de sobornos, normas sobre los procedimientos de contratación pública, introducción de normas contables y de auditoría, establecimiento de listas negras de empresas corruptas, y medidas en el régimen de ayuda y asistencia externa de la Comunidad. El objetivo era formular una estrategia de la UE sobre la corrupción, tanto dentro como fuera de sus fronteras.

Con relación al área de la cooperación judicial en materia penal, el Plan de acción del Consejo, de Viena de 1998, definió la corrupción como una de las conductas delictivas en materia de delincuencia organizada, en las que se consideraba prioritario aprobar y adoptar medidas por las que se establecieran normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de delito, y a las sanciones aplicables.

En el Consejo Europeo de Tampere de 1999, los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE hicieron suya tal recomendación, y definieron la corrupción

---

<sup>137</sup> Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptada por el Consejo el 28 de abril de 1997, DOCE C 251, de 15 de agosto

en el contexto de la delincuencia financiera como uno de los sectores de especial importancia, sobre los que deben acordarse definiciones, inculpaciones y sanciones comunes.

Posteriormente, de conformidad con el Plan de Acción de 1998 y las conclusiones de Tampere, la llamada *Estrategia del milenio sobre la prevención y el control de la delincuencia organizada de marzo de 2000* reiteró la necesidad de establecer instrumentos dirigidos a la aproximación de las legislaciones nacionales para que desarrollaran una política de lucha contra la corrupción más general, es decir, pluridisciplinar, y que tuvieran en cuenta el trabajo realizado en las organizaciones internacionales. En el mismo documento se instó, además, a aquellos Estados miembro que todavía no habían ratificado los correspondientes instrumentos jurídicos<sup>138</sup> de lucha contra la corrupción de la UE y del Consejo de Europa, a acelerar su ratificación en un plazo de tiempo claramente definido.

En lo referente a la actuación sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades, la Comisión ha venido abordando la corrupción interna mediante la creación, en abril de 1999, de una Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), dotada de competencias de investigación interinstitucionales. Sobre la base del artículo 280 del TUE, que combina las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y la lucha contra el fraude que afecte al presupuesto comunitario, se llegó a instaurar una estrategia global. Dentro de las competencias de este organismo se incluyen, entre otras, las investigaciones internas sobre las faltas profesionales de los funcionarios de la UE

---

<sup>138</sup> Respecto de los instrumentos de la UE, cabe destacar, el *Convenio de la UE relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y su primer Protocolo* entraron en vigor el 17 de octubre de 2002; el *segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y el Convenio de la UE, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*, todavía se encuentran en proceso de ratificación.

en el ejercicio de sus funciones, que puedan dar lugar a un procedimiento disciplinario o penal.<sup>139</sup>

En definitiva, los inicios e intenciones primigenios contienen una descripción de lo que se pretendía a nivel de la UE, indicando al mismo tiempo lo que sería preciso mejorar para dar un nuevo impulso a la lucha contra la corrupción. Se intentaron acotar las posibles áreas en las que la UE podría actuar adecuadamente, adoptando iniciativas de cara al futuro. El propósito de la Comisión y del Consejo por reducir la corrupción a todos niveles fue y es firme. La reducción debe ser coherente dentro de las instituciones del UE, en los Estados miembro y fuera de la UE, y debe abarcar la corrupción política, las actividades corruptas realizadas incluso en connivencia con grupos de delincuencia organizada, e incluyendo también la corrupción de particulares y las del sector privado.

Sobre la base de lo anterior e incidiendo en la intencionalidad de la lucha contra la corrupción, hay que resaltar que la Comisión sigue considerando que en la fase actual de desarrollo a nivel europeo se debe continuar el reforzamiento y el apoyo a todas aquellas medidas que estén a falta de ser desarrolladas por las organizaciones nacionales o que, estando mínimamente desarrolladas, no posean suficiente carácter imperativo y propio de los instrumentos comunitarios.

Asimismo y como resultado de la labor de las instituciones europeas con poder normativo y ejecutivo, en 1999 se creó el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) en el seno del Consejo de Europa, como un instrumento de seguimiento para potenciar la capacidad de lucha de los miembros contra la corrupción, y con el objetivo de supervisar el cumplimiento de los mecanismos

---

<sup>139</sup> En el 2002 se creó la Oficina de Investigación y Disciplina, cuyas relaciones con la OLAF deberían regirse, en opinión de la Comisión, por un memorando de acuerdo común

pertinentes del Consejo por medio de un proceso dinámico de evaluación recíproca y presión de un grupo semejante. Dicha supervisión comporta un procedimiento de evaluación, que va seguido de recomendaciones, y otro de cumplimiento, cuyo objetivo es examinar debidamente las medidas adoptadas por los participantes para llevar tales recomendaciones a la práctica.<sup>140</sup>

Con esta finalidad y bajo la forma de requerimiento, se instó a los Estados europeos a detectar y perseguir judicialmente los actos corruptos. Los delincuentes tienen que ser castigados y privados de sus ingresos ilícitos, debiendo minimizar al mismo tiempo las oportunidades de prácticas corruptas, y previendo los potenciales conflictos de intereses mediante estructuras administrativas transparentes y responsables, en los niveles legislativo, ejecutivo y judicial, así como en el sector privado.

La intencionalidad consiste, por tanto, en conseguir a través de unas estrategias globales de refuerzo de la integridad, alcanzar una mejores prácticas y unas garantías institucionales para que las decisiones en el sector público se adopten, en adelante, en interés público exclusivamente.

Pero volviendo a la génesis de la lucha contra la corrupción en Europa y a partir de la creación de los instrumentos multilaterales antes destacados, dio comienzo una etapa de proliferación de documentos multilaterales contra la corrupción, así como su ratificación en instrumentos que exceden el ámbito de la UE, algunos de los cuales fueron aprobados en el Consejo de Europa.

El Convenio penal sobre la corrupción de 27 de enero de 1999 de

---

<sup>140</sup> El Comité Estatutario del GRECO está integrado por los representantes ante el Comité de Ministros de los Estados miembro del Consejo de Europa, que son también miembros del GRECO, y por representantes designados especialmente al efecto por los demás miembros del GRECO

Estrasburgo,<sup>141</sup> confeccionado por el Consejo de Europa, entró en vigor para la UE en el 2002, sin perjuicio de la necesaria, posterior y paulatina ratificación de cada Estado miembro. Igualmente, fue ratificado por la UE el Convenio civil sobre la corrupción de 4 de noviembre de 1999 de Estrasburgo,<sup>142</sup> emitido en el Consejo de Europa.

El objetivo principal de la ratificación del Convenio penal de Estrasburgo (Convenio del Consejo) fue el resultado del anhelo de que los Estados tipificasen como delitos una serie de conductas corruptas, entre ellas el cohecho activo y pasivo en el sector público y en el privado, además del tráfico de influencias, el blanqueo de productos del delito de corrupción, y los delitos contables. Se reconoció también la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>143</sup> y la creación de órganos especializados en la lucha contra la corrupción. Podría decirse que el Convenio del Consejo es mucho más amplio que los anteriores documentos supranacionales contra la corrupción, en lo que respecta al número de conductas que exigió tipificar como delito. También se previó en su capítulo IV la cooperación internacional, instaurándose medidas relativas a la asistencia mutua y a la extradición, de forma similar a como se habían contemplado en documentos europeos anteriores. Una de las peculiaridades de este Convenio del Consejo, que contribuyó a mermar su eficacia, fue la posibilidad de que los Estados, cada uno de los países, formularsen declaraciones y reservas en cuanto a

---

<sup>141</sup> Convenio nº 173 del Consejo de Europa, entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2002 y fue ratificado por España el 28 de abril de 2010, BOE nº 182 de 28 de julio de 2010, y entró en vigor el 1 de agosto de 2010.

<sup>142</sup> Convenio nº 174 del Consejo de Europa, fue ratificado el 16 de diciembre de 2009, BOE nº 78 de 31 de marzo de 2010 y entró en vigor el 1 de abril

<sup>143</sup> Art. 18 del Convenio del Consejo y los arts. 5, 6, 9, 10 y 11 del citado Convenio, en función de los cuales se ha adaptado la introducción del art. 286 ter en el CP (y del art. 288 del CP), y se mantiene la previsión de la responsabilidad de las personas jurídicas incorporada antes al antiguo art. 445.2 del CP, según analiza DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Derecho penal europeo y legislación española: Las reformas del Código Penal, actualizado a la reforma penal 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 117 y 118

la tipificación de los delitos.

A principios del año 2000, en Europa ya se habían delimitado formas típicas y concretas de los nuevos delitos de corrupción. Las bases para la regulación de cada Estado del delito de corrupción en las transacciones internacionales comerciales habían quedado fijadas. Por contra, la aplicación de los elementos objetivos y subjetivos típicos del delito quedó relegada a las autoridades judiciales, quienes lo aplicarían e interpretarían no solo conforme a la realidad social,<sup>144</sup> sino también en armonía con todas las tendencias legislativas antes descritas. Ello ha sido así hasta la actualidad, porque sigue preponderando el respeto por los principios de cada ordenamiento jurídico, aunque los recursos para la averiguación de la perpetración del delito y el cumplimiento de las condenas difieren en gran medida de un país a otro.

La Comisión y el Consejo no cejaron en continuar redactando posteriores documentos para exponer propuestas legislativas multidisciplinarias, con diversos enfoques nuevos en torno a la lucha contra la corrupción. Ejemplos de ello, entre otros, fueron: la Recomendación de 11 de mayo de 2000 del Consejo de Europa por la que queda aprobado un código de conducta modelo para servidores públicos; la Comunicación de la Comisión Europea de 28 de mayo 2003<sup>145</sup> sobre una política global de la Unión Europea contra la corrupción; y la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la UE de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La citada Decisión Marco obligó a los Estados miembros a considerar los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado como constitutivos de infracción penal, al menos para los casos en que tales conductas impliquen o puedan implicar una distorsión de

---

<sup>144</sup> Art. 3.1 del Código Civil "(...) las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, sus antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas."

<sup>145</sup> COM (2003) 317 final- no publicada en el DOCE



la competencia en relación a la adquisición de bienes o servicios comerciales.

Resulta evidente, pues, que la lucha contra la corrupción y el fraude en las instituciones europeas ha ido demostrando constituir una prioridad para la UE.

El 14 de abril de 2005 el Consejo de Justicia e Interior adoptó una Resolución relativa a la política global de la UE contra la corrupción, en la que el Consejo pidió a los Estados miembro que aún no lo habían hecho, que ratificasen y aplicasen el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios europeos o de los Estados miembros de la UE.

En el ámbito internacional, la Comisión propuso en el año 2006 una Decisión del Consejo relativa a la celebración de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Paulatinamente, tal como se viene exponiendo, han ido surgiendo numerosos actos conexos que desarrollan, amplían y aclaran el Convenio de la OCDE o que incluso lo impulsan para extender su aplicación a otros países que inicialmente no lo habían ratificado. En este contexto, se promulgó la Decisión 2003/642/JAI del Consejo, sobre la aplicación a Gibraltar del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades o de los Estados miembros de la Unión Europea. La citada Decisión es digna de destacarse, ya que el Convenio de la OCDE no preveía ninguna disposición relativa a Gibraltar, territorio cuyas relaciones internacionales las ostenta el Reino Unido y cuyos elevados índices de contrabando y conductas corruptas son de conocimiento público. Con motivo de esta Decisión, el Consejo Europeo resolvió que el Convenio debía también aplicarse a Gibraltar a partir del 10 de septiembre de 2003. En esta misma línea,

se actuó de forma similar respecto de la Decisión 2007/751/CE del Consejo Europeo, de 8 de noviembre de 2007, con la adhesión de Bulgaria y Rumanía.<sup>146</sup>

Con el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, sin perjuicio de haber suprimido el Tercer Pilar de la UE procedente del Tratado de Roma, se intentó que se sometiesen todas las normas relativas a justicia y seguridad al control del Tribunal de la Unión Europea. Se pretendió establecer medidas cada vez más armonizadoras; no obstante en materia de corrupción, la mayoría de estas medidas fueron acordadas mediante Decisiones Marco, no Directivas o Reglamentos que poseen un alcance obligatorio y coercitivo mayor para todos los Estados miembros. Si el control sobre las medidas contra la corrupción no comienza en los ámbitos locales y nacionales, ninguna eficacia real tendrá la jurisdicción y el *ius puniendi* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al cual, aún hoy, no se le han atribuido competencias concretas sobre los delitos de corrupción. El Tratado de Lisboa facilitó el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y unificó ciertas infracciones relativas a delitos con dimensión transfronteriza y otros de especial gravedad.<sup>147</sup>

A fin de impulsar la represión y sanción en esta materia, el organismo Eurojust,<sup>148</sup> órgano de la UE creado en 2002, profundizó en la importancia de la función de la Fiscalía europea prevista en el Tratado de Lisboa,<sup>149</sup> en vigor a finales de 2009.

---

<sup>146</sup> La citada adhesión tuvo lugar en virtud del artículo K.3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea (DOCE L304 de 22.11.2007)

<sup>147</sup> Artículos 82 y 83 del Tratado de Funcionamiento de la UE, Reglamento (UE) n° 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3. Tratado de Roma 1957

<sup>148</sup> Decisión del Consejo n° 2002/187/ JAI de 28 de febrero de 2002

<sup>149</sup> Artículo 69 del Tratado de Lisboa

La primera finalidad de la Fiscalía Europea se concibió para luchar contra las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea, aunque también se dejó abierta la puerta a la ampliación de una posible persecución de la lucha contra la delincuencia grave transfronteriza.<sup>150</sup>

No obstante, las funciones de la Fiscalía Europea todavía requieren un desarrollo normativo pendiente de aprobarse, sin perjuicio de la necesidad de coordinar conjuntamente los mecanismos judiciales competentes, y a fin de activar la función investigadora y acusadora de dicha Fiscalía Europea.

En el año 2008 tuvo lugar la Decisión del Consejo 2008/201/CE sobre la celebración en nombre de la Comunidad Europea de la Convención de Mérida de las Naciones Unidas contra la corrupción,<sup>151</sup> que constituyó un acto conexo a todo el panorama consultivo y legislativo anterior. Realizados los preceptivos trámites de consulta del informe de la Comisión al Consejo, se cumplieron los objetivos fijados para la firma y ratificación de la Comunidad Europea a la Convención de Mérida.

La Comisión constató que la Convención había introducido medidas preventivas y de asistencia técnica muy exigentes en los ámbitos de competencia de la Comunidad, en particular, por lo que se refería al mercado interior. Se trataba de medidas relativas a la prevención y a la lucha contra el blanqueo de dinero, así como normas contables del sector privado y normas en materia de transparencia e igualdad de acceso de todos los candidatos a los contratos de obras, suministros y servicios.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> art. 63.4 del Tratado de Lisboa

<sup>151</sup> Decisión del Consejo 2008/201/CE, de 25 de septiembre de 2008; DOCE L 287, de 29.10.2008

<sup>152</sup> En diciembre del 2000, la Asamblea General de las ONU decidió crear un Comité especial abierto a todos los Estados, encargado de elaborar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción (Resolución 55/61). De enero 2002 a octubre 2003, el Comité negoció esta

A nivel interno de la UE, la Comisión ha intentado reforzar siempre la cooperación judicial y policial en materia de corrupción, en colaboración con Europol, Eurojust, la Escuela Europea de Policía (CEPOL), y OLAF.

De igual modo, en el plano externo ha depositado mucho interés en recabar datos del seguimiento de las políticas anticorrupción en los países candidatos y los candidatos potenciales a la adhesión a la UE. Su objetivo es convertir esta lucha en un elemento de apoyo que la UE ofrece a los países que participan en la UE.<sup>153</sup>

Mediante la Decisión de la Comisión de 28 de septiembre de 2011<sup>154</sup> se creó el Grupo de expertos en corrupción, con el fin de asesorar a la Comisión en todas las cuestiones relativas a la corrupción y asistirle en la elaboración del Informe anticorrupción de la UE, pues a partir del 2013 se pretendió publicar cada dos años un informe anticorrupción, constituyendo así un mecanismo de vigilancia y evaluación.

En esta etapa promulgadora de normativas internacionales y comunitarias contra la corrupción, se elaboró recientemente, en febrero de 2014, un Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE,<sup>155</sup> cuyo origen se remonta al Informe antecesor de la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la corrupción en la UE, de 6

---

Convención. La Comisión representó los intereses de la Comunidad Europea en esta negociación. El 10 de mayo de 2005, en la sesión 2658, el Consejo adoptó la propuesta de la Comisión relativa a la firma de la Convención. La decisión autorizaba al Presidente del Consejo a designar a las personas habilitadas para que en nombre de las CCEE firmase la Convención de Mérida. El 15 de septiembre de 2005 la Comisión Europea y la presidencia de la UE firmaron dicha Convención en nombre de la Comunidad Europea. La Convención de Mérida fue aprobada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de las ONU (Resolución 58/4) y estuvo abierta a la firma hasta el 9 de diciembre de 2005

<sup>153</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:lf0004> (27.08.2014)

<sup>154</sup> DOCE 286 de 30.9.2011

<sup>155</sup> Bruselas, 3.2.2014; COM (2014) 38

de junio de 2011.

*“El presente informe analiza la corrupción en los Estados miembros de la UE y las medidas adoptadas para prevenirla y luchar contra ella. Su objetivo es abrir un debate entre la Comisión, los Estados miembros, el Parlamento Europeo y otras partes interesadas con el objeto de contribuir a la lucha contra la corrupción y determinar cómo puede ayudar en este empeño la dimensión europea. Los Estados miembros de la UE disponen de la mayoría de los instrumentos jurídicos e instituciones necesarios para prevenir y luchar contra la corrupción. Sin embargo, los resultados no son satisfactorios en toda la UE. Las normas contra la corrupción no siempre se aplican enérgicamente, los problemas sistémicos no se abordan con la suficiente eficacia y las instituciones pertinentes no siempre tienen suficiente capacidad para hacer cumplir las normas. Las intenciones declaradas siguen estando demasiado alejadas de los resultados concretos, y a menudo parece faltar una verdadera voluntad política para erradicar la corrupción. Para garantizar la contribución de la UE, la Comisión adoptó en junio de 2011 una Comunicación sobre la lucha contra la corrupción en la UE que establece la elaboración de un Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE para supervisar y evaluar los esfuerzos de los Estados miembros en este ámbito, con vistas a reforzar el compromiso político de abordar eficazmente la corrupción. El informe se publica ahora por primera vez; se publicarán nuevos informes cada dos años. De conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales, el presente informe define la corrupción en sentido amplio como cualquier abuso de poder para obtener réditos privados.”<sup>156</sup>*

El principal objetivo de este Informe de 2014 se centra en combatir la crisis financiera con mayores garantías de integridad y transparencia que hasta ahora, en lo que se refiere al gasto público y a fin de que la economía quede más

---

<sup>156</sup> Introducción; contexto político y objetivos del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE

protegida frente a la corrupción.

La Comisión ha definido su pretensión: que Europa en el año 2020 refleje una economía inteligente y sostenible con un alto índice de cohesión social, que apueste por la productividad y genere un alto nivel de empleo para los ciudadanos de la UE. Lograr esta competitividad de la UE solo puede hacerse mediante la erradicación de la corrupción. Se persigue así un renacimiento industrial europeo.

Nuevamente, se puede leer entre líneas que la perspectiva de la UE en la lucha contra la corrupción se asienta, en verdad, sobre ideales económico-financieros, apartando la concepción humanista y humanitaria de los derechos básicos de los ciudadanos en pro de una igualdad.

Algunas conclusiones del Informe del 2014 apuntan a que la corrupción afecta a todos los Estados miembros, y ello le cuesta a la economía de la UE en torno a 120 000 millones de euros al año. Hay que mencionar que las iniciativas unilaterales de los Estados miembros en estos últimos años han contribuido a resultados desiguales y poco efectivos.<sup>157</sup>

Es un hecho indiscutible que la corrupción continúa siendo un reto intrínseco para Europa, con independencia del enfoque normativo y ejecutivo que se le atribuya.

Asimismo, el Informe de 2014 hace una llamada de atención a los Estados miembros para aunar las fuerzas políticas en el análisis, en la represión de los distintos niveles de corrupción y en el perfeccionamiento de las medidas a

---

<sup>157</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-86\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-86_es.htm) (26/08/2014)

adoptar.<sup>158</sup>

Dicho documento afecta a los 28 Estados miembro de la UE. Consta de un capítulo general donde se resumen las principales conclusiones y pretensiones, para pasar a analizar de forma parcial el combate contra la corrupción en el sector de la contratación pública. Los anhelos de este Informe se centran en la implementación de mecanismos de control sobre la corrupción, entre ellos, las medidas de sensibilización y transparencia de la información pública, incidiendo además en el reproche penal de las conductas criminales. Prevé igualmente la articulación de instrumentos para exigir la responsabilidad política y alertar sobre determinadas zonas de riesgo, que suelen ser las entidades locales, cuyo control resulta difícil y se aprovechan de pequeñas costumbres corruptas, las cuales en ocasiones trascienden a mayores.

Por último, el Informe contiene una descripción sucinta y analítica de la situación de la corrupción en la UE, antes aquí apuntada, subrayando la importancia que debe otorgarse a los códigos de conducta de los funcionarios públicos.

Las tendencias armonizadoras de la UE dentro del Derecho penal y con relación a la corrupción concluyen en la tipificación unánime del euro-delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales con agentes públicos extranjeros, delito que deberá ser enjuiciado y castigado en los tribunales de cada país.

Respecto a la línea antes expuesta, resulta una paradoja a señalar que la

---

<sup>158</sup> La encuesta del Eurobarómetro en 2014 sobre la actitud de los europeos en relación con la corrupción. La encuesta muestra que tres cuartas partes de los europeos (76 %) creen que la corrupción está muy extendida, y más de la mitad (56 %) cree que el nivel de corrupción en su país ha aumentado durante los tres últimos años. Uno de cada doce europeos (8 %) afirma que ha vivido o presenciado un caso de corrupción en el último año

tendencia seguida por la UE no ha sido precisamente la de elaborar un Derecho penal supranacional único, sino la de profundizar en la modulación de ciertos tipos penales de trascendencia comunitaria, que afectan a los bienes jurídicos de cuño europeo económico.



## C) Ratificación de España de los documentos internacionales y desarrollo normativo

Como consecuencia de las iniciativas internacionales, surgió la inevitable necesidad de proveer de un impulso político a la lucha contra la corrupción desde España. Ello supuso la asunción y adaptación de las corrientes internacionales con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales, *ex* artículo 94 y 96 de la Constitución. Los intentos patrios por intentar combatir la corrupción a través de un enfoque multidisciplinar continúan en pie, sin embargo, como más adelante se comprobará, no son suficientes y la forma de su ejecución tampoco es la adecuada.

Las experiencias de la práctica del Derecho administrativo y del Derecho mercantil han de ser tomadas en consideración para la necesaria interacción de todos los sectores jurídicos relacionados con el Derecho penal. Así, destaca QUERALT que el Derecho penal acentúa su carácter fragmentario y de última ratio en el ámbito de la corrupción penal.<sup>159</sup> La legislación penal española debería adaptarse a las nuevas formas de criminalidad corrupta, en concreto, la corrupción que emerge desde el sector público a través de los agentes públicos extranjeros e irrumpe en el tráfico económico y el sector privado.

España ha cumplido con la ratificación de todos los convenios y documentos internacionales o comunitarios de los que forma parte. Los más relevantes y con influencia directa para el análisis penal del cohecho internacional son: el Convenio de la OCDE, el más significativo en la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales

---

<sup>159</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J., *Reflexiones Marginales sobre la Corrupción*, p. 31, Revista Crítica Penal y Poder 2012, nº 2, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, p. 232

internacionales, seguido en cuanto a orden de importancia por la UNCAC,<sup>160</sup> el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las CCEE , así como sus dos Protocolos adicionales, junto con el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las CCEE o de los Estados miembros de la UE, y por último el Convenio del Consejo de Europa.

A partir del Convenio de la OCDE y las propuestas europeas surgió la ineludible necesidad en España de adaptar la regulación de forma más amplia a los tipos de cohecho. Fruto de lo anterior nació dentro de este mismo Título XIX su último Capítulo X "*De los delitos de Corrupción en las transacciones comerciales internacionales*", novedosa incorporación en el CP de 1995, que sustituía al antiguo art. 445 bis introducido por LO 3/2000 de 11 de enero,<sup>161</sup> que a su vez fue modificado y redactado de nuevo por la LO 15/2003.<sup>162</sup> La introducción de este tipo delictivo de cohecho como un delito independiente contra la Administración Pública se debió a la evolución de la normativa, a nivel europeo e internacional, de la cual España no pudo despreocuparse por estar inmersa en la dinámica de la creciente corrupción que ha superado el ámbito estrictamente nacional. La LO 5/2010<sup>163</sup> reformó nuevamente el delito analizado, introduciendo la posibilidad de que se cometiese por personas jurídicas y previendo las correspondientes sanciones. No hay que olvidar que el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales ha sido el resultado de una evolutiva regularización a nivel internacional y europeo contra la creciente corrupción de los agentes públicos extranjeros. La última reforma del CP por LO 1/2015, sin embargo, ha

---

<sup>160</sup> Con relación a la UNCAC, también debe tenerse presente el Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, ratificada el 13 de diciembre del 2000 por España y publicada en el BOE nº 233 de 29 de septiembre de 2003

<sup>161</sup> LO 3 /2000 que reformó el CP, como consecuencia del Convenio de la OCDE en 1997, ratificado por España en 2000

<sup>162</sup> LO 15/2003 de 25 de noviembre, BOE nº 283 de 26 de noviembre de 2003

<sup>163</sup> LO 5/2010 de 22 de junio, BOE nº 152 de 23 de junio de 2010

trasladado estos delitos al sector privado y a la corrupción en los negocios, ubicados en el artículo 286 ter, dentro de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII relativo a los Delitos contra el orden socioeconómico.

Han sido cuatro las reformas en el CP que han afectado al delito de cohecho trasnacional. En ello se ha traducido a modo de fiel reflejo de la evolución legislativa y de la creciente repulsa social experimentada en España respecto a este tipo de corrupción. También han tenido una incidencia indiscutible las recomendaciones y críticas que recibió España por parte de los Grupos de Trabajo de la OCDE sobre la regulación de este delito y la trasposición del Convenio de la OCDE.<sup>164</sup> Además de las reformas del CP, han emergido otras reformas legislativas dignas de mención en materia de lucha contra la corrupción, puesto que colman determinadas lagunas interpretativas en el ámbito penal.

### c.1. LO 3/2000 que modifica el CP

El Proyecto inicial de LO 3/2000 en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales,<sup>165</sup> remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, optó al principio por la incorporación del Convenio de la OCDE mediante la introducción de un apartado 3º en el artículo 423 del CP.<sup>166</sup> La ubicación sistemática era por

---

<sup>164</sup> Informes de la OCDE relativos a la implementación del Acuerdo firmado para la lucha contra la corrupción en ESPAÑA; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/spain-oecdanti-briberyconvention.htm> (2/10/2015)

<sup>165</sup> LO 3/2000 de 11 enero, de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, BOE nº 10 de 12 de enero de 2000

<sup>166</sup> Antiguo art. 423: "1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos. 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior."

tanto: el Título XIX del Libro II, relativo a los delitos contra la Administración Pública, y más en concreto dentro del Capítulo V, relativo al cohecho. De dicha ubicación se podía desprender que el bien jurídico inicialmente protegido era la Administración Pública, y por tanto se extendían así a un plano supranacional los posibles sujetos que podían ser corrompidos.

Como consecuencia de lo anterior, desde un sector parlamentario mayoritario se argumentó que la inclusión de este tipo delictivo se dirigía a proteger diversos bienes jurídicos; en primer lugar, el correcto funcionamiento de la Administración Pública y, en segundo lugar, el orden socioeconómico, la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales.

Dada la afinidad de esta conducta con los delitos de cohecho, se estimó conveniente insertarla entre los mismos, aunque se reconoció que no existía una identidad total del bien jurídico protegido.<sup>167</sup>

Otro grupo parlamentario minoritario de Senadores propuso la creación de un nuevo Título con un nuevo art. 445bis, al considerar que el bien jurídico protegido no era la Administración Pública, sino la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. De ahí la necesidad de añadir un Título nuevo con un art. Nuevo.<sup>168</sup> Finalmente quedó consolidado de esa manera,

---

<sup>167</sup> Palabras del Sr. Arqueros Orozco, del Grupo Parlamentario Popular. Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. VI Legislatura. Año 1999. Núm. 277. Sesión Plenaria núm. 267, celebrada el jueves 25 de noviembre de 1999, pp. 14965/6: *"los bienes jurídicos consistentes en un correcto funcionamiento de la Administración y una conducta proba y legal de los funcionarios, se orienta primordialmente a tutelar la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales, en particular, en la relación de los agentes económicos con las autoridades y funcionarios de terceros países, como ha indicado el Consejo de Estado en su dictamen. En este nuevo delito predomina teleológicamente la protección contra el ataque al orden socioeconómico, sin embargo, la estructura del mismo es similar a los delitos de cohecho. Es esta afinidad de los perfiles básicos de las figuras delictivas la que ha llevado a su inclusión dentro de las mismas, si bien no existe identidad total del bien jurídico protegido"*.

<sup>168</sup> Palabras del Sr. Zubía Atxaerandio. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. VI Legislatura. Núm. 156. Año 1999. Sesión del Pleno, celebrada el jueves 16 de diciembre de 1999,

y ello motivó que se incluyera en la propia exposición de motivos, es decir, que el bien jurídico tutelado es la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, el anterior art. 445 bis introducido por LO 3/2000.

## c.2. LO 15/2003 que modifica el CP

La reforma del CP por la LO 15/2003<sup>169</sup> incorporó el art. 445, recogiendo la redacción anterior del art.445 bis e introduciendo el apartado 2º. Se ubicó este art. en el Cap. X dentro del Tit. XIX *de los delitos contra la Administración Pública* del Libro II, Parte Especial, del CP. Dicha ubicación fue objeto de sumas críticas, porque, entre otras razones, y al igual que consideró MORILLAS CUEVA,<sup>170</sup> la citada reforma trasladaba los contenidos de ese Tit. XIX, sobre todo el nº1 del art. 445, sin perjuicio de la posible aplicación de la regla concursal del art. 444.<sup>171</sup> El legislador decidió finalmente encuadrar el art. 445 a continuación del Cap. IX, *dedicado a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones*, y siguiendo la opinión de dicho autor, esta posición no era baladí, pues ponía de manifiesto la inclinación legislativa por situar de manera prevalente el bien jurídico protegido referido al ordenado funcionamiento de la Administración Pública, sin obviar, lógicamente, el tráfico

---

p. 7635. El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso ya intuía esta idea. Compárese la opinión de la Sra. Uría Echevarría. Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. VI Legislatura. Año 1999. Núm. 277. Sesión Plenaria núm. 267, celebrada el jueves 25 de noviembre de 1999, p. 14963, quien aludía a la tutela de "*un cierto orden internacional en las transacciones económicas*". En el mismo sentido se manifestaba el Sr. Guardans i Cambó, del Grupo Catalán (Convergència i Unió), p. 14964, al señalar que sería conveniente introducir un título distinto dirigido a proteger como bien jurídico "*el buen orden económico mundial o algo por el estilo*".

<sup>169</sup> Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal

<sup>170</sup> MORILLAS CUEVA, L., en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal Español, Parte Especial*, 2ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 900 y ss.

<sup>171</sup> Art. 444 del CP "*Las penas previstas en el art. 443 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos*".

comercial internacional.<sup>172</sup>

### c.3. LO 5/2010 que modifica el CP

La regulación examinada adolecía de determinados lagunas legislativas que no respondían a la literalidad e intención de los preceptos de la Convención de la OCDE. Se procedió, por tanto, a redactar nuevamente y de forma más rigurosa los elementos típicos del artículo 445, mediante LO 5/2010.<sup>173</sup>

Esta reforma, respecto del citado injusto, tuvo lugar con motivo de la trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La represión de los actos corruptos de los administradores de entidades privadas de forma similar al delito de cohecho determinó la reforma legislativa.<sup>174</sup> Se introdujo el art. 286 bis, comprensivo de la corrupción activa y pasiva entre particulares, tipificando así la conducta de quien ofrece, promete o concede un beneficio o ventaja a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa a fin de obtener un favor de ésta en el transcurso de la adquisición de venta de mercancías o prestación de servicios profesionales. Se trata de un delito que ataca a la libre competencia del mercado en el sector privado. En este contexto se creó un nuevo subtipo de este injusto, incluido en el apartado 4º del citado art., denominado la corrupción en el ámbito deportivo.

La LO 5/2010 introdujo por primera vez en la legislación penal la

---

<sup>172</sup> MORILLAS CUEVA, L., en COBO DEL ROSAL, M. Op. Cit., p. 905

<sup>173</sup> LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP, BOE nº 152 de 23 junio de 2010

<sup>174</sup> Exposición de Motivos, BOE nº 152 de 23 junio de 2010

responsabilidad penal de las personas jurídicas, aquellas que pueden ser sujetos penales. Al añadirse el art. 31 bis se reconoce expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de Derecho. A partir de ahí, la responsabilidad penal de las personas jurídicas será también extrapolable a los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en provecho de dichas personas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las mismas, hubieran podido realizar los hechos al no haberse ejercido sobre ellos el debido control, una a vez atendidas las circunstancias del caso. No obstante la responsabilidad penal de los entes colectivos, únicamente podrá aplicarse en aquellos supuestos que hayan sido expresamente previstos por el CP, como era el caso del antiguo art. 445.<sup>175</sup>

También se modificó el art. 33.7 del CP, se agregaron sanciones civiles y administrativas susceptibles de imponerse a personas jurídicas, tales como la exclusión del derecho a obtener beneficios o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para participar en la contratación pública o para ejercer otras actividades comerciales, la sumisión a supervisión judicial, y la orden judicial de disolución de la persona jurídica condenada.

Por último, dentro del art. 445 se encuadró la definición de funcionario público extranjero y de organizaciones internacionales. La redacción se asemejó a la enunciación autónoma que marcó el Convenio de la OCDE del agente público extranjero, sin perjuicio de que posteriores documentos internacionales y europeos acogieran esa definición con ciertas variaciones.

---

<sup>175</sup> Antiguo art. 445: "(...) cuando de acuerdo con lo establecido en el art.31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el art.66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33."

#### c.4. LO 1/2015 que reforma el CP

La reforma del CP<sup>176</sup> se configura a raíz de la aclamada necesidad de ofrecer unas mejoras técnicas y un sistema penal más ágil y coherente, y conferir así, entre otros componentes, una respuesta más adecuada a la corrupción y las nuevas formas de delincuencia económica. Gran parte de la reforma se halla también orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España.<sup>177</sup> En materia de corrupción privada con agentes públicos extranjeros, la trasposición de los delitos marcados por los instrumentos internacionales se formalizó en adición a las indicaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE, para mejorar la implantación y la aplicación de dicha regulación.<sup>178</sup> Lejos de las pautas ya indicadas, la LO 1/2015 asienta los delitos de corrupción en los negocios o de las transacciones comerciales internacionales en el nuevo artículo 286 ter, dentro del Título XIII relativo a los *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico* del Capítulo XI, relativo a su vez a los *Delitos contra el mercado y los consumidores*, Sección 4ª, denominada de los *Delitos de corrupción en los negocios*. El citado precepto se ubica a partir de esta reforma a continuación de la denominada corrupción entre particulares del art. 286 bis.

En conexión con dicha reforma del nuevo art. 286 ter, igualmente se modifica el art. 427 del CP relativo a la imputación de los delitos de cohecho a funcionarios públicos de la UE. Mediante la LO 1/2015 se incluye en el precepto 427 el concepto de funcionario público extranjero, extrayéndose del tipo que antes regulaba los delitos de corrupción en las transacciones comerciales

---

<sup>176</sup> LO 1/2015 por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 77 de 31 de marzo de 2015

<sup>177</sup> Exposición de Motivos LO 1/2015, Vid. también MANFRONI, C., *Soborno transnacional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; "(...) no siempre hay que forzar la aplicación de viejos principios a una nueva situación (...)", p. 46, con relación al cambio de ubicación sistemática de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

<sup>178</sup> Phase 3; Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Spain, diciembre 2012; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf> (13/6/2015)



internacionales. El art. 286 ter no contempla la definición de funcionario público extranjero, como sí lo hacía el anterior art. 445, pero remite al art. 427 del CP para conceptualizar lo que típicamente ha de entenderse por agente público extranjero. Igualmente incorpora la posibilidad de que el soborno transnacional se cometa con un funcionario español, pues el propio art. 286 ter también remite al art. 24 del CP.

El hecho de que este nuevo precepto se ubique dentro del Capítulo relativo a la corrupción en los negocios, de igual modo determina, la introducción de los elementos típicos de la *ventaja* o *negocio* que obtiene el particular tras sobornar al funcionario en el tráfico económico internacional.

Así, el nuevo artículo 445 a partir de la reforma pasa a regular las resoluciones manifestadas de voluntad para todos los delitos contra la Administración Pública, no extendiéndose sin embargo al cohecho transnacional. Resultaba, pues, una necesidad imperiosa el fortalecer la confianza en la Administración Pública que se ha ido viendo minada por la corrupción, y que afecta también, sin lugar a duda, al tráfico económico y al correcto funcionamiento del mercado de comercio. La conexión entre el sector privado y el sector público reviste especial importancia en el estudio del injusto del art. 286 ter, porque además de constituir un tipo de soborno público, en ella está implicada la mayoría de las veces la participación de la delincuencia económica de ámbito internacional.

### c.5. Ley de Transparencia 19/2013

Al objeto de mejorar la situación de España y cumplir con las

recomendaciones de la OCDE, así como debido la preocupación social en torno a los recientes e importantes casos de corrupción, se promulgó la Ley de Transparencia, la cual incide de forma colateral en la prevención y detección de los delitos de corrupción.

La Ley de Transparencia 19/2013,<sup>179</sup> de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* procuró, con su aprobación, inspirar toda la acción política. La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno de ser los ejes fundamentales sobre los que debe girar cualquier acción política. Dichos principios, regulados en la citada Ley, constituyen el eje fundamental en la lucha contra la corrupción de agentes públicos en el sector privado, tal como sanciona el nuevo art. 286 ter.

Según se extrae de la Exposición de Motivos de la Ley de Transparencia, ésta posee un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública (articulada a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas), reconoce y garantiza el acceso a la información (regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo), y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. Lo anterior conlleva, por tanto, una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades con significación pública.

La transparencia queda regulada para toda la actividad de los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, mediante la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública. Igualmente, se crea la medida preventiva a fin de disminuir la carga de la actividad judicial,

---

<sup>179</sup> BOE n° 295 de 10 de diciembre de 2013

relativa a la posibilidad de interponer una reclamación potestativa y previa a la vía judicial ante cualquier incumplimiento de la Ley. La tramitación de tal reclamación la asumirá el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, organismo de naturaleza independiente y de nueva creación que sustituye a los recursos administrativos, cuyo arcaísmo y lentitud en la tramitación deviene contrario a los principios que pretende promulgar la citada Ley.<sup>180</sup> El reforzamiento en materia de sanciones también resulta clave en la lucha contra la corrupción, ya que se otorga rango de Ley a los principios éticos y de actuación que han de regir la labor de los miembros del Gobierno, altos cargos y demás asimilados a la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Asimismo, se clarifica el régimen sancionador que les resulta de aplicación a dichos sujetos en consonancia con la responsabilidad a la que están sujetos.<sup>181</sup> La Ley de Transparencia tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a esa actividad, y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Es innegable que este texto legal resulta un instrumento fundamental para mejorar la calidad democrática en España y la participación ciudadana, lo cual, además, redundará de manera inequívoca en la reducción de la corrupción.

---

<sup>180</sup> Título I de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

<sup>181</sup> Título II de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

## c.6. Legislación en materia de prevención del blanqueo de capitales

Otra forma adicional de manifestación de la corrupción consiste en el blanqueo de capitales. Este delito desempeña un papel importantísimo en materia de concursos, junto con el cohecho transnacional.

La Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación de terrorismo, Ley 10/2010, se promulgó el 28 de abril del 2010.<sup>182</sup> En esta reforma legislativa se han reintroducido como conductas típicas los actos de posesión y utilización de bienes de procedencia delictiva, generando así importantes problemas interpretativos y cuestionando la vigencia de principios penales asentados. Sin embargo, lo que reviste verdadera importancia en la actualidad es el Reglamento que desarrolla esta ley. El largamente esperado reglamento de desarrollo de la Ley de prevención del blanqueo de capitales quedó aprobado en fecha reciente por medio del Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo.<sup>183</sup> Mediante esta nueva normativa se amplían las actuaciones que, en relación con los objetivos de la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, han de realizar los sujetos pasivos contemplados en el artículo 2 de la Ley; entre ellos se encuentran promotores inmobiliarios, auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales, notarios, registradores, abogados, procuradores, fundaciones y asociaciones. Este Reglamento desarrolla además *el enfoque orientativo al riesgo*, tal como se indica expresamente en la Exposición de Motivos del mismo. La definición posee un enfoque multidisciplinar del concepto *enfoque orientativo al riesgo*; en cambio, para definir la corrupción penal se echa en falta que no se ciña solo al blanqueo de capitales. Este Reglamento, que contiene una aclaración y descripción de

---

<sup>182</sup> BOE nº 103 de 28 de abril de 2010

<sup>183</sup> BOE nº110 de 6 de mayo de 2014

medidas preventivas en materia del blanqueo de capitales, sería muy aconsejable que existiera respecto de la corrupción en los negocios y el soborno en el sector privado.

Otra de las novedades que introduce dicho Reglamento estriba en el desarrollo del artículo 43 de la Ley 10/2010, pues prevé la creación de un Fichero de Titularidades Financieras. Por medio de este fichero se logra un control estadístico y preventivo, si bien su funcionalidad será siempre limitada cuando no exista coordinación de su información con otras instituciones y organismos para investigar la posible corrupción encubierta de los titulares inscritos.

Finalmente, el Reglamento lleva a cabo una revisión del esquema institucional dedicado a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, con la ampliación de las instituciones participantes y la creación de un nuevo órgano dependiente de aquella, el Comité de Inteligencia Financiera, frente al cual habrá que esperar a comprobar que cumple de forma eficaz los parámetros asignados, y ver si obtiene resultados de utilidad.

### c.7. Evaluaciones en materia de trasposición normativa y lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros

Los instrumentos internacionales en materia de corrupción suscritos por España han sido numerosos, por ello interesa describir las valoraciones realizadas a España respecto del acierto, implantación y atajo de la corrupción con agentes públicos extranjeros en el tráfico económico internacional.

La normativa europea en esta materia se contiene en la regulación penal española, en concreto, en lo que se refiere a los tipos de soborno con funcionarios públicos de la UE. Puede incluso afirmarse que la regulación española es más amplia que lo que dictamina el Convenio de la UE, ya que no se limita solo a la tutela de los intereses financieros de la UE, sino que acoge conductas de cohecho propio, impropio, antecedente y subsiguiente, en relación con la corrupción activa y pasiva.<sup>184</sup>

Respecto a la vertiente internacional, que excede las fronteras de la UE, el grupo de trabajo de la OCDE de cohecho internacional<sup>185</sup> evaluó tras la reforma del CP por LO 5/2010, la aplicación en España de la Convención de Lucha contra la Corrupción de agentes públicos Extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y otros instrumentos relacionados;<sup>186</sup> su valoración respecto a España fue negativa en lo que se refiere al cumplimiento de las leyes españolas

---

<sup>184</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Derecho penal europeo y legislación española: Las reformas del Código Penal, actualizado a la reforma penal 2015*, Op. Cit., p.193

<sup>185</sup>El Grupo de Trabajo sobre Cohecho – formado por los 34 países miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Rusia y Sudáfrica – aprobó el informe de España, en su tercera fase de seguimiento de la aplicación de la Convención OCDE contra el Soborno, e incluye una descripción general de las medidas de ejecución reciente y las características institucionales del marco de España para la lucha contra el cohecho internacional.

<sup>186</sup> Phase 3; *Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Spain*, diciembre 2012; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/SpainPhase3ReportEn.pdf> (31/08/2014)

del cohecho internacional. En nuestro país no había tenido lugar ni un solo proceso ante los tribunales españoles, desde la vigencia del Convenio de la OCDE, sobre el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.<sup>187</sup> Consecuentemente, el informe hizo un llamamiento a España para completar la reforma de su CP mediante la consolidación o la armonización de los delitos por cohecho de funcionarios públicos extranjeros y por soborno de funcionarios europeos, delitos separados, así como para la eliminación de la excepcionalidad existente sobre las empresas públicas en el marco del CP. Pero, sin perjuicio de la calificación recibida, también se destacaron los aspectos positivos de la reforma de nuestro CP mediante la LO 5/2010, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el soborno de funcionarios extranjeros.<sup>188</sup>

Hay que aclarar que todas las demandas sobre cohecho internacional se habían archivado cuando los delegados del grupo de trabajo visitaron España, en julio del año 2013, sin que en aquella fecha hubiera procedimiento alguno contra nadie, y pese a que se habían identificado a 16 personas sospechosas en tres de esos casos. Los expedientes se referían a sobornos de empresas españolas en Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos y Letonia, por exportaciones de material militar o y por violación del programa de la ONU. La OCDE manifestó su

---

<sup>187</sup> Adicionalmente, a 12 de junio 2014, el Grupo de Trabajo sobre anticorrupción de la OCDE emitió algunas declaraciones del estado de situación de la corrupción en España; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/espana-debe-modificar-su-codigo-penal-y-hacer-cumplir-los-delitos-de-cohecho-internacional.htm>, así como la del 8 de junio de 2013, en la que manifiesta la profunda preocupación de la OCDE por la falta de acusación de ningún delito de cohecho (ante tribunales) durante 13 años, desde la firma del Convenio OCDE, dado que la Reforma del Código Penal ha resultado insuficiente y debe endurecer las normas penales; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdseriouslyconcernedbyabsenceofforeignbriberyconvictionsinspain.htm>, y las advertencias anteriores del 31 Marzo 2006; <http://www.oecd.org/corruption/spainshouldintroducefullcorporateliabilityandfinestobettercombatbriberyofforeignpublicofficialssaysoecd.htm> (12/6/2015)

<sup>188</sup> Sin embargo, no debe perderse la perspectiva positiva de que España está incluida en el grupo de 14 países con una implementación significativa de la Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, junto a Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Corea, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza y Estados Unidos

descontento por que no se hubieran incluido junto a esa lista de siete investigaciones, otras alegaciones de sobornos conocidas para las que no fue competente la Fiscalía Anticorrupción española.<sup>189</sup> Concretamente:

- En Costa Rica se abrió una investigación a partir de informaciones periodísticas sobre el pago de sobornos a funcionarios entre 2002 y 2005 a cambio de favorecer licitaciones.
- En 2006 comenzó una investigación por fraudes, supuestamente cometidos por compañías españolas en Irak, escudándose en el programa de la ONU de Petróleo por Alimentos. Una información de 2008 dio pie a investigar a un ciudadano español experto en exportación de material militar, que hizo supuestos pagos por valor de 115 millones de euros.
- El sistema judicial británico intervino en el esclarecimiento de un caso protagonizado por una empresa española que habría sobornado a autoridades de Libia en el sector petrolífero.
- Entre 2006 y 2009, altos funcionarios de Angola habrían recibido cerca de 20 millones de euros a cambio de facilitar concesiones de proyectos de construcción en el país.
- También concluyó sin éxito una investigación en torno a autoridades de Marruecos, que habrían participado en la venta de

---

<sup>189</sup> FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Memoria del 2014; pp. 270 a 299, [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/MEMFIS14.pdf?idFile=dd3ff8fc-d0c5-472e-84d2-231be24bc4b2](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS14.pdf?idFile=dd3ff8fc-d0c5-472e-84d2-231be24bc4b2) (30/8/2014)



vehículos militares por un valor total de 174 millones.

- La construcción de centrales energéticas sería el centro de la supuesta trama de soborno que relacionó a una empresa española con funcionarios de Letonia.

Una vez más se constató el hecho de que la mayoría de los actos corruptos a gran escala logran la impunidad, debido a las deficiencias de su tipificación concreta en los ordenamientos jurídicos y los requisitos de procedibilidad.

Por su parte TI también se pronunció sobre España con motivo de la Ley de Transparencia, posicionándose de forma muy acertada en algunos aspectos negativos de la Ley, pero a pesar de haber sufrido críticas, la finalidad y promulgación obtuvieron una valoración positiva. A mayor abundamiento, TI consideró que la Ley no contempla de forma explícita un régimen de infracciones ni de sanciones a políticos y funcionarios públicos por el incumplimiento de las normas de transparencia, y ello a pesar de que se reforzaron las sanciones y se clarificó su aplicación. Pero dicho refuerzo ha resultado ser insuficiente, porque la remisión a otras leyes para su aplicación carece de eficacia. En materia de impugnaciones ha mejorado la opción de la reclamación administrativa previa, sin embargo el silencio administrativo negativo no beneficia a los derechos de los ciudadanos ni contribuye a una celeridad de la represión de las conductas. La Ley contiene también una cláusula de salvaguarda por la que se limita el acceso a la información que perjudique cuestiones relacionadas con materias tan amplias como los *“intereses económicos”*, la *“política económica y monetaria”* o la *“protección al medioambiente”*. La falta de matización de estos conceptos provoca

cierta indefensión al ciudadano.<sup>190</sup>

Un papel crucial en la lucha contra la corrupción lo desempeña la Fiscalía especial Anticorrupción, que investiga y conoce los procesos de especial trascendencia, relativos a los delitos económicos u otros cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos relacionados con el fenómeno de la corrupción y los delitos de corrupción cometidos por grupos criminales organizados.<sup>191</sup> La Fiscalía Anticorrupción dispone, asimismo, de unidades de apoyo para la persecución e investigación de conductas corruptas: la Unidad de apoyo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la unidad de Apoyo de la Intervención General de la Administración del Estado y las unidades de Policía Judicial (integrada por una unidad adscrita de la Policía Nacional y la correspondiente a la Guardia Civil). La Fiscalía Especial Anticorrupción ha contribuido de forma definitiva en la aplicación en España del Convenio contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, según la evaluación de la OCDE<sup>192</sup>, calificándose como una unidad compuesta por fiscales con un gran conocimiento del delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros<sup>193</sup>. Por el contrario, los datos estadísticos que arroja la Memoria del 2014 de la Fiscalía especial Anticorrupción resultan contradictorios. No se ha destacado causa alguna en la que se haya calificado la conducta corrupta como delito en las transacciones comerciales internacionales. Únicamente a través de la cooperación judicial internacional ha tenido lugar una comisión rogatoria proveniente de

---

<sup>190</sup> Posición y consideraciones de Transparencia Internacional España sobre la nueva Ley de Transparencia; [http://webantigua.transparencia.org.es/ley\\_de\\_transparencia/posicion\\_tie\\_sobre\\_nueva\\_ley\\_transparencia.pdf](http://webantigua.transparencia.org.es/ley_de_transparencia/posicion_tie_sobre_nueva_ley_transparencia.pdf) (21/08/2015)

<sup>191</sup> Estas competencias se desarrollarán por la Fiscalía Anticorrupción, siempre y cuando la materia no corresponda a la investigación de la Fiscalía Antidroga o a la instrucción y enjuiciamiento de la causa por parte de la Audiencia Nacional

<sup>192</sup> Informe final aprobado por el Grupo Anti-Bribery OCDE; visita de expertos a España en julio 2012 <http://www.oecd.org/spain/publicationsdocuments/reports/5/> (30.08.2014)

<sup>193</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria del 2013; Fiscalía contra la Corrupción y Criminalidad Organizada, [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/MEMFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740), pp.227 y ss. (30.08.2014)

Suiza con relación a la comisión de este delito.<sup>194</sup>

Hoy por hoy, en España comienzan a ser operativos algunos organismos de ámbito nacional y regional, que trabajan exclusivamente para conseguir la implantación de medidas de transparencia de toda índole y un seguimiento de su aplicabilidad, contribuyendo así a la prevención y análisis político criminal y estadístico de la corrupción. A nivel regional, hay que destacar el organismo anti-corrupción, la Oficina Antifraude en Cataluña. A nivel nacional, el organismo independiente, de reciente creación (Acta de Constitución de enero 2015), el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Su finalidad gira en torno a *“promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.”* En otras palabras, su misión es velar por el correcto cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Transparencia.<sup>195</sup>

Otra de las evaluaciones que recibió España provino de la Comisión Europea, que efectuó una serie de recomendaciones específicas en su informe Anticorrupción 2014<sup>196</sup>, respecto a nuestro país. Dentro de dicha evaluación son dignas de destacar las siguientes recomendaciones para las actuaciones que afectan al cohecho en el sector privado:

- a) La reforma legislativa sobre la financiación de partidos políticos, centrándose en la supervisión de los préstamos, la mejora de los controles financieros internos, y mayores controles exhaustivos por el Tribunal de Cuentas, así como un régimen de sanciones

<sup>194</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria del 2014, Op. Cit., pp. 248 a 250

<sup>195</sup>

[http://www.consejodetransparencia.gob.es/ct\\_Home/consejo/transparencia/otrainformacion/actas.html](http://www.consejodetransparencia.gob.es/ct_Home/consejo/transparencia/otrainformacion/actas.html) (22/6/2015)

<sup>196</sup> Informe de Corrupción en la Unión Europea. Bruselas, 3.2.2014; COM(2014) 38 Anexo final 9

reforzado.

- b) El desarrollo de códigos de conducta aplicables a todo el sector público.
- c) El refuerzo de la coherencia de las normas sobre publicidad patrimonial y los conflictos de intereses para los cargos electos y de libre designación.
- d) La garantía del necesario marco de aplicación de la nueva Ley de transparencia.
- e) El perfeccionamiento de las prácticas en la contratación pública a través de evaluaciones independientes.
- f) El incremento de la capacidad del Tribunal de Cuentas central y de organismos similares a nivel regional.

Las iniciativas patrias en materia de corrupción y de las transacciones comerciales internacionales no han logrado instaurar medidas efectivas de apoyo para la persecución de estas conductas. La definición de las conductas típicas, el momento de su consumación y la imposición de penas para el particular y el funcionario que soborna, no ha quedado aún meridianamente clarificado, dando lugar a problemas interpretativos. Se precisa regular otros elementos típicos necesarios para una persecución multidisciplinar, pues los delitos de corrupción están en constante evolución y mutación casuística. Tras las deficiencias detectadas en las distintas evaluaciones, puede concluirse que no existe en España un sistema eficaz de prevención, detección y persecución de los delitos de corrupción, en concreto, de los delitos de corrupción en las transacciones

comerciales internacionales. El tipo continúa siendo difuso debido a la falta de claridad de sus elementos, y no hay remisión normativa que colme las lagunas conceptuales. De igual modo, no existe la protección de testigos ni se incentiva a los denunciantes sobre asuntos de corrupción.<sup>197</sup> Tampoco se contempla, como consecuencia directa del delito de cohecho trasnacional, el enriquecimiento ilícito sobre el incremento patrimonial no justificado del propio funcionario público.<sup>198</sup> En consecuencia, la cooperación internacional, el sistema procesal y el apoyo institucional resultan elementos clave para la persecución, procesamiento y condena de dichos delitos.

---

197

SPAIN: follow- up to the phase 3 report & recommendations march 2015, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spain-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-EN.pdf> (13/6/2015)

<sup>198</sup> No es ni mucho menos la única carencia detectada. Según las estadísticas de la Memoria Anual de la Fiscalía Anticorrupción de 2014, en el ejercicio anterior a 2013/2014, habían sido tramitados 26 expedientes, de los cuales a final de año quedaban 14 por resolver. Los denunciantes suelen preferir a la Policía para explicar sus asuntos o los medios de comunicación. En cualquier caso, toman la iniciativa por decisión propia a sabiendas de que no van a obtener ningún tipo de protección. "Al único que se ha protegido ha sido a Hervé Falciani", señala una fuente policial, aludiendo al ingeniero de sistemas italo-francés autor de la lista *Falciani* en la que constaban los nombres de 130.000 evasores fiscales con dinero en la filial suiza del banco *HSBC* y que, desde 2009, estuvo colaborando con las autoridades de diversos países. De esos evasores, 1.500 eran españoles, los nombres de *Botín* y *Correa* estaban entre ellos, y sobre el primero sí que se ejerció una protección eficaz y necesaria; el art. 20 de la Convención de Mérida exigía la necesidad del decomiso de los efectos de la corrupción.

## ***Artículo 286 ter del Código Penal***

*1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.*

*2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.*



## CAPÍTULO III

# ANÁLISIS DEL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

### A) El bien jurídico protegido

El bien jurídico en los delitos de corrupción no es unívoco, como tampoco lo es su concepto. La corrupción se encuentra en constante movimiento, aunque todas sus formas de manifestación plasman el abuso de una posición de poder y la consecución de una ventaja patrimonial a cambio de la utilización de esa soberanía o mando.<sup>199</sup> Siempre deben concurrir dos sujetos para que pueda hablarse de cualquier tipo de soborno. En el presente supuesto, la conducta de la persona física o jurídica y la del funcionario público desencadenan la lesión al bien jurídico protegido del cohecho cometido en el ámbito del tráfico económico internacional.

Los elementos culturales e históricos que definen la impunidad o no de una conducta corrupta, así como su habitualidad en determinadas sociedades significan un importante factor para apreciar la tipicidad y, en consecuencia, valorar si se ha lesionado o no un bien jurídico concreto.<sup>200</sup> Sin embargo, al margen de discusiones de carácter ético, social o incluso jurídico, no se puede transformar una sociedad corrupta en una incorrupta, recurriendo al Derecho

---

<sup>199</sup> MÜLLER, C., *Die Bestechung gemäss §4 lit.b UWG*, Ed. Difo Druck GmbH, Bamberg, 1997, p. 60

<sup>200</sup> Vid. supra I A)



penal y creando preceptos que pretendan abarcar todas las formas de corrupción. Ello ni es posible ni tampoco deseable, puesto que sería contrario al principio de intervención mínima que informa el Derecho penal.<sup>201</sup>

Solo los bienes jurídicos de mayor relevancia social merecen protección penal frente a acciones u omisiones corruptas y típicas. Es conveniente distinguir entre el contenido social de las actuaciones de corrupción y la declaración judicial o legal de corrupción, pues la ofensa al bien jurídico debe interpretarse solo a la luz de los elementos típicos de cada conducta, tal como se acaba de apuntar. Una misma conducta puede ser constitutiva de un pequeño acto de corrupción privada y, por tanto, puede llegar a ser calificada como fraude en sede civil o mercantil, pero no será penalmente punible si no está tipificada.

El esclarecimiento del bien jurídico protegido en los delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales requiere observar con carácter previo y conexo otros bienes jurídicos, en concreto, deberá analizarse en primer lugar el bien jurídico protegido de los delitos socioeconómicos con carácter genérico, debido a la nueva ubicación sistemática del art. 286 ter; en segundo lugar se esclarecerá el bien jurídico protegido del delito de la corrupción privada del art. 286 bis, ya que se encuentra en la misma Sección 4ª relativa a *la corrupción en los negocios*; y por último se examinará el objeto protegido del delito de cohecho activo. La intervención de un agente público en los delitos analizados, el paralelismo de la conducta típica con el delito de cohecho, así como su ubicación antecedente en el Título XIX del CP relativo a los delitos contra la Administración Pública, motiva la conexidad y el análisis comparativo con el delito de cohecho. Los delitos del art. 286 ter son infracciones penales pluriofensivas, pero antes de

---

<sup>201</sup> VOLK, K., *Empfehlen sich Änderungen des Straf-und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption im Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages*, Band II/1 (Sitzungsberichte- Referate und Beschlüsse), Ed. Bek'sche Verlagsbuchhandlung München, 1996, Teil L, p. 53

proceder a su definición precisa, se debe realizar un breve inciso para delimitar los intereses colectivos que lesiona la corrupción. La protección de dichos intereses se inspira en algunos principios informadores, que se mencionarán como exordio a la definición concreta del bien jurídico protegido de los delitos analizados.

### a.1. Lesión de intereses colectivos en la corrupción

La corrupción lesiona una serie de bienes colectivos, algunos protegidos por el Ordenamiento Jurídico y susceptibles de protección en el ámbito penal. Todo bien jurídico colectivo se caracteriza porque puede ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, siendo difícil relacionar un bien colectivo con un único sector de la sociedad.<sup>202</sup> Así, el *principio del daño* en la teoría penal alemana y anglosajona sobre el bien jurídico protegido entiende que existirá un daño toda vez que exista un interés, concibiéndose ese interés como la pretensión a un recurso. La conducta lesiva menoscabará el recurso a cuya existencia indemne tienen otras personas distintas del autor del daño. Ese denominado recurso no se identifica con el objeto material del delito, sino que es un medio, una capacidad o un potencial, que posee un determinado valor para el mantenimiento de un estándar de vida durante un determinado periodo de tiempo. La pretensión a ese recurso constituye el presupuesto normativo de otras ramas jurídicas no penales para alcanzar el citado recurso.<sup>203</sup> Tal planteamiento, aplicado a la protección de

---

<sup>202</sup> HEFENDEHL, R, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de Riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y bienes de peligro abstracto*, traducción de SALAZAR ORDUÑO, E., Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), nº 4-14, 2002; [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-14.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf) (08/08/2015), p. 4

<sup>203</sup> VON HIRSCH, A., “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, edición española a cargo de ALÁCER GUIRAO, R., MARTÍN LORENZO, M., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 42 y 43

los bienes colectivos que lesiona la corrupción penal, ayuda a entender y aclarar que es un derecho o presupuesto de todo ciudadano, el hecho de poder acceder a unos servicios públicos de calidad e intervenir en el mercado económico, comercial e internacional en igualdad de condiciones que otros competidores.

En el intento de definir positivamente el bien jurídico de la corrupción, en el cual influyen en gran medida los fenómenos de la relatividad social y de la política-jurídica, puede conducir a una intersección del axioma entre la vaguedad y la selectividad.<sup>204</sup> A fin de esclarecer más adelante el bien jurídico del soborno transnacional, se elegirá el criterio de la selectividad, ya que la corrupción en sí invita a debatir sobre la vaguedad de todos los conceptos que engloba y la volatilidad de su consideración en las distintas comunidades internacionales. Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales reflejan solo un tipo de corrupción concreta.

La cultura e historia donde se incardina la corrupción y desde la que se juzga, desempeñan un papel fundamental para la definición de la lesividad de la conducta corrupta y la averiguación del bien jurídico de cuño colectivo, que deberá protegerse en cada ocasión. La corrupción penal se refiere exclusivamente a conductas que el legislador ha ido seleccionando y tipificando. En cambio, la corrupción social representa conductas manifestadas en la vida real, que cada individuo o grupo reprocha en función de sus propios criterios.<sup>205</sup>

El significado jurídico penal de la corrupción se encuentra vinculado a la criminalidad organizada y a la criminalidad de empresa,<sup>206</sup> extendiéndose ésta a

---

<sup>204</sup> HEFENDEHL, R, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de Riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y bienes de peligro abstracto*, Op. Cit., p. 3

<sup>205</sup> NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, p. 74

<sup>206</sup> La corrupción se asocia con la criminalidad organizada y los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales están relacionados, por lo general, con la criminalidad de empresa. No se descarta la posibilidad de la intervención del crimen organizado o la comisión

muchos sectores dignos de protección y de acuerdo a los intereses en cuestión, tales como la libre competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados, el sector público y el político, así como el secreto de empresa. No obstante y a pesar de dichas áreas de interés, la corrupción en el funcionamiento de la Administración Pública es la que seguramente continúa mereciendo mayor atención, bien debido a su carácter público, bien en el ámbito comparado como en nuestro CP español.<sup>207</sup>

En el ámbito de la progresiva globalización, las condiciones esenciales que rigen la convivencia social adquieren una dimensión supranacional, no ya porque los distintos Estados compartan iguales valores (lo que resulta sencillo cuando se trata de las prerrogativas fundamentales: vida, salud, dignidad), sino porque esos valores solo adquieren sentido en la medida en que se manifiestan en el marco universal, porque son valores cuya existencia sirve de fundamento a esa comunidad global.<sup>208</sup>

El incremento del riesgo de comisión de conductas corruptas se extiende en el contexto de la globalización de la economía, de la liberalización del mercado y el avance de las tecnologías de la información, con la consiguiente comercialización universal de nuevos productos. Este riesgo no solo dota de mayor significado a la posición de garante del funcionario público respecto de

---

del delito por particulares, si bien lo habitual será, que los delitos partan de una organización empresarial o de personas que actúan con un mismo fin y contribuyen a la consecución de un resultado ilícito; ocde, Foreign bribery report: An analysis of the crime of bribery of foreign public officials, diciembre 2014; <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en> (3/09/2015): A nivel estadístico, la corrupción con agentes públicos extranjeros tiene lugar, las más de las veces, a través de empresas y pymes con más de 250 trabajadores y cuentan adicionalmente con una proyección internacional. Así se constató en el último informe de la OCDE de 2014, sobre los índices de corrupción relacionados con los delitos proscritos en el Convenio de la ocde. También se puso de manifiesto que en el 12% de los casos, las personas que corrompían a los agentes públicos extranjeros ostentaban el cargo de presidente o director general de grandes compañías multinacionales.

<sup>207</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Revista de Derecho penal y Criminología (RDPC), 2ª Época, nº 17, UNED, 2006, pp. 84 y 85

<sup>208</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 180

los bienes que administra, sino también a los principios en los que debe desenvolverse el tráfico y comercio internacionales, así como en las inversiones que trascienden las fronteras nacionales. Los bienes jurídicos relativos a la protección de los intereses generales, según el correcto funcionamiento de la Administración Pública y en paralelo a la competencia leal y la libre circulación de bienes y servicios en el tráfico internacional, pueden verse lesionados por cualquier persona privada, ya sea física o jurídica, que soborne o acepte un soborno de un funcionario público extranjero. Sin embargo, los bienes jurídicos protegidos en tales delitos de corrupción resultan en cierta manera genéricos e indeterminados, y por esa razón debe prestarse atención a la conducta concreta ejecutada y a los medios comisivos utilizados. De este modo se individualiza la lesión para el caso concreto, y para ello es recomendable reconducir dicha interpretación del bien jurídico y con arreglo a la lesión de que se trate, a las limitaciones que presentan los delitos de peligro.<sup>209</sup> Los bienes jurídicos únicamente deberán estar protegidos frente a las modalidades de peligro o menoscabo de intereses ajenos, a través de la sanción de conductas que puedan imputarse al sujeto que ostentaba la responsabilidad para actuar o evitar esa puesta en peligro o lesión efectiva.<sup>210</sup>

El Derecho penal moderno se caracteriza, entre otras particularidades, por

---

<sup>209</sup> Los delitos de peligro abstracto suelen ser aquellos delitos que comprenden generalmente una conducta peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico. Se trata más bien de una perspectiva ex ante para la lesión del bien jurídico. Supone el riesgo de producción de una lesión concreta o puesta en peligro de un bien jurídico. Los delitos de peligro concreto, en cambio, significan que el peligro en sí es un elemento del tipo, donde el juez ha de probar la efectiva producción de un peligro real para el bien jurídico. El peligro está ligado a la acción para que se pueda consumar el delito. En este sentido, CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49, y también MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 6 y 338. Por su parte, quienes admiten la necesidad de adaptar la reacción penal a las nuevas necesidades sociales ponen énfasis en la necesidad de defender la seguridad y hablan de un Derecho penal de la seguridad.

<sup>210</sup> VON HIRSCH, A., "El concepto de bien jurídico y el principio del daño", en HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Op. Cit., p. 46

recurrir de forma cada vez más intensa a los delitos de peligro. Esta afirmación puede justificarse, en parte, por el protagonismo del Derecho penal en ámbitos que trascienden el marco de cánones penales de aplicación general, como por ejemplo, el desarrollo de la protección de la vida económica. La amenaza a dichos valores o intereses colectivos se extiende sin límite a conductas que se configuran bajo los esquemas de la peligrosidad abstracta.<sup>211</sup> El autor HERZOG lo entendió como una respuesta a la complejidad y presencia de situaciones de peligro en la vida moderna. La oportunidad de politizar e instrumentalizar el Derecho penal en el ámbito de los delitos de peligro queda claramente patente en los delitos económicos. Desde una perspectiva crítica del Derecho penal de peligro y para calificar un determinado injusto como delito de peligro, se debe atender a las siguientes premisas: ningún delito de peligro debe carecer de una probabilidad de lesión del bien jurídico protegido; no se debe efectuar ninguna renuncia a la sujeción del Derecho penal de peligro respecto al desvalor del resultado; no se puede otorgar subjetividad alguna a la responsabilidad penal y ésta debe canalizarse a través de la lesión del deber; y no debe concurrir ninguna equiparación o renuncia a la atribución precisa e individual en aras de los intereses del sistema y de la dirección de comportamientos.<sup>212</sup>

Las fronteras del Derecho penal de riesgo tienen su origen, aunque no enteramente, en los límites jurídicos respecto a los tipos penales y a las consecuencias jurídicas, frente a las pretensiones de flexibilidad de la política de turno o al uso. A ello hay que sumarle el sentido del trilema regulador de TEUBNER.<sup>213</sup> El primer punto de este trilema se centra en la indiferencia recíproca del derecho y la sociedad, por cuanto existen serios problemas de ejecución

---

<sup>211</sup> SEHER, G., "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico" en HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Op. Cit., p. 70

<sup>212</sup> HERZOG, F., *Límites al control general de los riesgos sociales, (una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)*. ADPCP 46, nº 1, 1993, pp. 317 y 318

<sup>213</sup> TEUBNER, G., *Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit and sozialer Solidarität*, Ed. Kübler, Baden-Baden, 1984, pp. 289 a 344

cuando se traducen aleatoriamente programas políticos en normas jurídicas. El segundo punto gira en torno a la desintegración social a través del derecho, *Lebenswelt*, debido a que se van destruyendo las normas y los procedimientos durante el proceso de autorregulación social, en interés de un excesivo e inapropiado intervencionismo del Estado. El tercer punto es la desintegración del derecho a través de excesivas perspectivas de la sociedad, que se plasma mediante el oportunismo de la intervención jurídica, y que origina que la legislación y la ejecución no estén propiamente orientadas a la legalidad.<sup>214</sup>

La regulación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en el CP no responde íntegramente al trilema expuesto, pues a pesar de ser España un país desarrollado, la cultura legislativa, histórica y las tradiciones sociales requieren que sí exista un mayor intervencionismo del Estado para instaurar una política criminal adecuada con relación a los delitos de peligro. La explicación de esta necesidad de control estatal, no solo con relación a la adopción de medidas preventivas para combatir la corrupción, sino también con relación al *ius puniendi*, se refleja en la disparidad de opiniones doctrinales sobre el bien jurídico protegido en los delitos conexos y la imposición de penas de distinta gravedad, según la importancia social que adquiera el delito corrupto en cada momento. También se justifica dicha necesidad a tenor del escaso número de procedimientos enjuiciados y condenados por soborno transnacional.

Los daños que produce la corrupción a los intereses generales no son siempre materiales y evaluables económicamente en su totalidad. Hay que tener en cuenta la significatividad de los daños inmateriales, los cuales pueden incluso llegar a quebrar la forma de Estado y de gobierno, ya que la corrupción conlleva orientar el comportamiento a la consecución de ventajas personales.<sup>215</sup> Se

---

<sup>214</sup> HERZOG, F., *Límites al control general de los riesgos sociales*, Op. Cit., pp. 319 a 321

<sup>215</sup> DÖLLING, D., *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strfprozessrechts, um der der Gefahr der Korruption im Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?*, Gutachten C für den 61.

conculcan, por tanto, el interés general y común, el derecho de igualdad, y el derecho de legalidad, y además se vulneran los principios que conforman un Estado social y democrático de Derecho.

El soborno internacional como una forma de corrupción quedó ya definido en los Comentarios al Convenio de la OCDE,<sup>216</sup> precursora de la incorporación en nuestro Derecho penal del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

---

Deutschen Juristentag Band I (Gutachten), Teil C, C.H., Ed. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, p. 25

<sup>216</sup> Comentarios al Convenio de la OCDE, aprobados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, "General": "1. Esta Convención aborda un tema que en la jurisprudencia de algunos países se denomina —corrupción activa o —cohecho activo; eso significa que el delito es cometido por la persona que promete o da el soborno; a diferencia del —cohecho pasivo, en que el delito es cometido por el servidor que recibe el soborno. La Convención no utiliza el término —cohecho activo simplemente para evitar que sea mal interpretado por el lector inexperto en temas técnicos; ya que implicaría que quien comete el cohecho toma la iniciativa y que quien lo recibe es una víctima pasiva. De hecho, en varias situaciones, quien recibe el cohecho habrá inducido o presionado a quien lo comete y, en ese sentido, habrá sido el más activo. 2. Esta Convención busca garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar el cohecho de servidores públicos extranjeros, sin exigir uniformidad ni cambios en los principios fundamentales del régimen jurídico de una Parte." [http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf) (16/09/2015)



## a.2. Principios informadores que inspiran el bien jurídico protegido de los delitos de corrupción

Necesariamente hay que hacer una breve referencia genérica a las corrientes doctrinales sobre la delimitación del bien jurídico en sí mismo, desde una perspectiva positivista-constitucional, y luego referirla al delito de cohecho, al delito de corrupción entre particulares y al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Un análisis adecuado sobre la delimitación de esos bienes jurídicos protegidos precisa una breve referencia a algunos principios informadores del Derecho penal, como son la justificación de la propia existencia, la protección y el desarrollo del propio bien jurídico, aquí a tratar. Explica GARCÍA-PABLOS<sup>217</sup> que los bienes jurídicos son, en definitiva, aquellos presupuestos existenciales e instrumentales que la persona necesita para su autorrealización en la vida social: unos son de cuño estrictamente individual y otros de naturaleza comunitaria, tal es el caso de los delitos contra la Administración Pública y contra el tráfico comercial, los cuales también afectan al individuo de manera directa. SILVA SÁNCHEZ<sup>218</sup> abunda en ello al afirmar que *“la convivencia pacífica, asegurada por un orden social adecuado, es el único marco viable para su propia autorrealización”*.

Por otra parte, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos significa que las incriminaciones no pueden pretender la protección de meros valores éticos o morales, como tampoco la sanción de aquellas conductas socialmente inocuas. Únicamente se legitimará la intervención punitiva del Estado cuando la salvaguardia tenga por objeto los intereses generales que

---

<sup>217</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Volumen II, 5ª edición, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 540 y 541

<sup>218</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal*, Barcelona, 1992, pp. 260 a 271

interesen a la mayoría de la sociedad. En cuanto al límite político criminal a la intervención punitiva actúa el principio de intervención mínima como límite coherente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social, de acuerdo con un postulado utilitarista.<sup>219</sup> El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, íntimamente relacionado con el de intervención mínima, sirve como límite al *ius puniendi*, debiendo sancionar el Derecho penal la puesta en peligro y los ataques a los bienes jurídicos penales, opinión esta última compartida por un sector mayoritario de la doctrina.<sup>220</sup> Y precisamente constituye una de las garantías del Derecho penal moderno. El TC entiende que este principio deviene, además, un requisito indispensable para toda limitación de derechos constitucionales.<sup>221</sup> El Derecho penal no podrá incriminar cualquier conducta, sino tan solo aquellas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico, correspondiéndose esta forma del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el principio de ofensividad o lesividad utilizado para expresar el aforismo *nullum crimen sine iniura*.

---

<sup>219</sup> MIR PUIG, S., *Parte General del Derecho penal*, Op. Cit., p. 103 y 104

<sup>220</sup> AGUADO CORREA, T., Op. Cit., pp. 113 a 135, y LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 25 y 26

<sup>221</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, J. J. (coord.), Op. Cit., pp. 49 y 51; y también se dictamina en la STC 55/1996 el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales, lo que debe relacionarse en el presente supuesto aquí tratado con los restantes principios aludidos, a fin de delimitar el bien jurídico protegido respecto de los intereses colectivos y los delitos de corrupción. Dicha STC remite a su vez a las SSTC 62/1982, 66/1985, 19/1988, 85/1992, 50/1995 y también las SSTC que hacen referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia SSTC 160/1987, 50/1995, 173/1995. En sentido parecido analiza STERNBERG-LIEBEN, D., “ Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en HEFENDEHL, R., edición española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R.; MARTÍN LORENZO, M.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., Op. Cit., la proporcionalidad legislativa sobre la base de los derechos constitucionales para delimitar el bien jurídico, pues afirma que, “la provisión de seguridad es una actividad estatal que desde hace mucho tiempo es considerada una de las bases del Estado, también del moderno Estado liberal. En el caso de la República Federal Alemana, el Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas decisiones que de los derechos fundamentales como Derecho objetivo no sólo se deriva la obligación del Estado de omitir por principio la intromisión en los bienes y libertades de los ciudadanos constitucionalmente protegidos como derechos fundamentales (seguridad frente al Estado) sino también la obligación de proteger tales bienes y libertades de ataques provenientes de otros ciudadanos (seguridad a través del Estado). La prestación de seguridad constituye una finalidad principal del Estado,” pp. 105 y 106

La finalidad radica en seleccionar los objetos, medios e instrumentos para controlar la criminalidad, y por esa razón debe ser siempre el Derecho penal la *ultima ratio*, es decir, interceder en casos de estricta necesidad y defender así bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves, siempre que no existan otras garantías exitosas de naturaleza no penal.<sup>222</sup> La aplicación de este principio resulta de suma importancia, porque la corrupción penal no debe servir de instrumento sustitutivo de otras medidas en otros campos del Derecho para la lucha contra la corrupción, si bien la gravedad de su injerencia en el sector privado podría venir justificada por la existencia del delito de corrupción entre particulares. El enfoque para la erradicación de la corrupción ha de ser multidisciplinar, pues solo así podrá cumplir el Derecho penal su función de *ultima ratio* y se ganará en efectividad para la prevención, detección y persecución de las conductas corruptas.

De igual modo, se debe mencionar el principio de ofensividad, asimilado al de exclusiva protección de los bienes jurídicos, cuyo origen se encuentra en la doctrina del contrato social de origen ilustrado y cuño liberal, que posteriormente asumió el movimiento político-constitucionalista.

Desde una perspectiva más abstracta y en relación con la naturaleza de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, la realidad legislativa actual demuestra la existencia de procesos de criminalización poco justificados, y ello, a su vez, denota menos objetivos de organización política, económica y social, muy distantes del individuo y sus necesidades, con una notoria vulneración del principio de ofensividad.<sup>223</sup> Éste sería el caso de los delitos con víctima difusa, que se hallan vagamente descritos en las legislaciones cuyos tipos incorporan, así como la inclusión de técnicas, no siempre

---

<sup>222</sup> Vid. Cita 212

<sup>223</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Volumen II, Op. Cit., pp. 541 y 542

recomendables, de anticipación de las barreras penales; en otras palabras, delitos de peligro abstracto.<sup>224</sup> La necesaria afectación individual de la conducta incriminada no es, desde luego, una objeción contra los bienes jurídicos supraindividuales o universales, pero sí obliga a concebir éstos al servicio de la persona en sentido instrumental. El injusto aquí analizado es un delito con víctima difusa, y a tenor de la conducta típica llevada a cabo se podrá hablar de un delito de lesión si se ha entregado la dádiva, o en su caso se podrá considerar un delito de peligro abstracto si solo con ofrecer una dádiva se consuma el delito.

La delimitación del bien jurídico susceptible de protección penal antecede, y en ocasiones dada la evolución social y delictiva precede, a la lesividad social del delito. Aunque la explicación más lógica para el estudio de la figura delictiva que aquí se está analizando, sería afirmar que ambos conceptos se aportan recíprocamente la razón de su significación. La lesividad social del delito deviene fundamental para argumentar la perspectiva positivista en la delimitación del bien jurídico protegido. En este sentido, afirma ALCÁCER GUIRAO,<sup>225</sup> que el componente de lesividad del delito alcanza siempre a la sociedad como conjunto, y que esa lesividad social se produce con la vulneración de la norma por parte del autor, *“poniendo en duda la vigencia fáctica y validez normativa del ordenamiento, generando la desconfianza en la autoridad valorativa y poder coactivo del Derecho y, con ello, disminuyendo la confianza en el respeto de las normas por parte de terceros”*. Esta lesividad social podrá cuantificarse y valorarse mejor, según sea la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que afecte a valores constitucionales. Todo acto o conducta delictiva que atente contra la economía de mercado vulnerará el art. 38 de la CE, y lo mismo ocurrirá con el art. 103.1 ° de la CE respecto a los comportamientos que conminen el regular funcionamiento de la Administración

---

<sup>224</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Op. Cit., p. 179, al efectuar la reflexión de que la norma penal sólo tiene sentido si está al servicio de la protección de los intereses más relevantes de la sociedad ya sean de titularidad individual o colectiva.

<sup>225</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, p. 123

Pública.

Retomando las consideraciones sobre la limitación del *ius puniendi*, la doctrina positivista encuentra el sustrato material del bien jurídico en los valores consagrados en nuestro texto constitucional, situándose la CE en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico positivo. Según BRICOLA,<sup>226</sup> *“el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante, entendiendo como relevancia constitucional de un bien, la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta Constitucional”*. La ineludible remisión constitucional para la delimitación del bien jurídico protegido en estos delitos se justifica principalmente por dos condiciones, las cuales son necesarias para que el bien jurídico sea susceptible de protección en la esfera penal: la suficiente relevancia social y la necesidad de protección por el Derecho.<sup>227</sup> El punto de vista constitucionalista respecto a la interpretación del bien jurídico protegido en los delitos de corrupción analizados viene refrendado con carácter general y dogmático, aunque no circunscrito solo a estos delitos, sino también con relación a la teoría elaborada por ROXIN, en su aspecto de que la Dogmática penal debe desarrollar las pautas valorativas rectoras, y éstas deben extraerse de la ley y de la Constitución.<sup>228</sup> Dentro del delito de soborno transnacional, se hace necesario incluir el nuevo desarrollo y forma que han ido adquiriendo esos valores ya protegidos en la sociedad globalizada.

Hay que tener en cuenta, además, que los bienes jurídicos pueden ser circunstancias dadas o finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo, dentro del marco de un sistema social global estructurado, pero cimentado en

---

<sup>226</sup> BRICOLA, NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, *Teoría generale del reato*, Tit. XIX, pp.15/16, Torino 1973, en BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal Español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 58

<sup>227</sup> MIR PUIG, S., *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, Estudios penales y criminológicos XVI, Servicio de Publicaciones, Universidad Santiago de Compostela, 1991, pp. 209 y ss.

<sup>228</sup> ROXIN, C. y VÁSQUEZ, M., *La teoría del delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 562

cualquier caso sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema.<sup>229</sup> Es decir, el bien jurídico le viene previamente dado al legislador penal, pero con sujeción a la Constitución. De este modo el planteamiento de que el bien jurídico se define sobre circunstancias dadas y finalidades, en lugar de intereses, quiere expresar que dicho concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho, como los deberes de cumplimiento de normas creados por el propio Derecho.

La jurisprudencia<sup>230</sup> parece coincidir en cuanto al requisito de la relevancia social y trata este criterio como una herramienta imprescindible para la correcta averiguación de los bienes jurídicos necesitados de protección penal. Casi todos los intereses de relevancia penal que lesiona la corrupción se vulneran también en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, dado que son delitos pluriofensivos y la generalidad de sus elementos típicos permite que se puedan clasificar muchas conductas corruptas como atentatorias a intereses de cuño social y subsidiariamente, también, de tipo individual.

---

<sup>229</sup> ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, p. 1071

<sup>230</sup> STC 111/1993 de 28 de marzo, RTC 1993/111; STC 55/1996 de 28 de marzo, RTC 1996/55

### a.3. Bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos

La nueva reforma del CP <sup>231</sup> incluye los delitos de corrupción en las transacciones comerciales dentro del Título XIII, habilitado para los *delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, de manera que la perspectiva para el análisis del bien jurídico protegido se ha de situar en el campo del orden socioeconómico, a diferencia de lo que ocurría con el anterior art. 445, que asentaba tales delitos dentro de los delitos contra la Administración Pública.

El patrimonio y el orden socioeconómico merecen análisis conceptuales diferentes, si bien a los efectos del soborno transnacional será el campo del orden socioeconómico el que prevalecerá para el estudio del bien jurídico.

El orden socioeconómico no es propiamente un bien jurídico concreto, se trata más bien de un conglomerado de intereses macrosociales, que deberán individualizarse para cada conducta penal tipificada.<sup>232</sup> La mayoría de los autores coinciden en afirmar que el orden socioeconómico es un bien jurídico genérico o de categorización.<sup>233</sup>

La barrera diferenciadora entre los delitos puramente patrimoniales que afectan exclusivamente al ámbito privado, y los delitos económicos que repercuten sobre intereses generales, no siempre se puede establecer de forma

---

<sup>231</sup> LO 1/2015 de reforma del CP

<sup>232</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, 20ª edición completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 322 a 327

<sup>233</sup> BAJO FERNÁNDEZ M. y BACIGALUPO ZAPATER, S., *Derecho penal económico*, 2ª edición, Ed. CEURA, Madrid, 2010, pp. 15 y 19. Vid. también GONZÁLEZ RUS, J., "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I)", en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Op. Cit., p. 451. Vid. también MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Cuadernos de Política Criminal, nº 16-18, 1982, pp. 107 a 132

nítida, ya que algunas consecuencias de los delitos económicos acaban proyectando sus efectos negativos sobre bienes patrimoniales de carácter individual.

Existen también otras corrientes más restrictivas y garantistas en la delimitación del bien jurídico de los delitos socioeconómicos. Ante la abundancia normativa del Derecho penal en las últimas décadas y la proliferación de nuevas conductas punitivas, se deben incentivar las medidas preventivas con el fin de no extender o exigir nuevas técnicas legislativas constantes, lo cual podría provocar una considerable inseguridad jurídica.<sup>234</sup> Una postura más integradora consistiría en acotar la intervención del Derecho penal a través del establecimiento de una serie de límites que restrinjan esta intromisión, como lo sería el límite del principio de subsidiariedad y el principio de fragmentariedad. No se trata de castigar todas las conductas ilícitas que afecten al orden socioeconómico, sino de penar solo aquellos comportamientos que realmente sean gravemente lesivos. En este sentido, tampoco todas las conductas ilícitas que atentan al orden socioeconómico son punibles penalmente, porque existen determinadas irregularidades que no son penalmente relevantes y hay vacíos en la legislación penal, de modo que deberán colmarse y enjuiciarse por vía civil, mercantil o administrativa.

El orden económico *stricto sensu*, u orden público económico, equivale al segmento de la economía intervenido directamente por el Estado.<sup>235</sup> El bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos, también en sentido estricto, es de naturaleza supraindividual y afecta generalmente a la regulación jurídica de la intervención estatal en la economía. Esta concepción ajustada no comprende

---

<sup>234</sup> CORCOY BIDASOLO, M., “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en CORCOY BIDASOLO, M MIR PUIG, S.(codirs.), HORTAL IBARRA, J. C. (coord.), *Constitución y sistema penal*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 153 a 174

<sup>235</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO ZAPATER, S., *Op. Cit.*, p. 15

MARTOS NUÑEZ, J. A., *Derecho penal económico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, p. 384



todos los intereses socioeconómicos, y ejemplo de ello son los que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, de modo que resulta difícil incluir dentro de tal concepción los clásicos delitos patrimoniales.<sup>236</sup> Por el contrario, el orden económico en sentido amplio puede entenderse como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En términos generales, los delitos económicos como subcategoría de los delitos socioeconómicos atentan contra los intereses económicos generales y contra la libertad de competencia. El ataque al intervencionismo estatal en la economía, la libertad y el correcto funcionamiento de la economía de mercado se protegen en el art. 38 de la CE, tratándose por tanto de intereses jurídicos de cuño constitucional. A efectos de la perspectiva que aquí interesa con relación al delito analizado, debe destacarse que los delitos económicos se centran en bienes jurídicos supraindividuales o colectivos de carácter social y económico. Estos bienes jurídicos suelen quedar lesionados por la delincuencia organizada, por personas respetables de elevada posición socioeconómica y empresarial, que en el desempeño de su profesión y con abuso de poder lesionan o ponen en peligro de forma manifiesta y grave el orden público.<sup>237</sup> La delincuencia económica incide en el orden socioeconómico, afectando a intereses colectivos y supraindividuales,<sup>238</sup> como anteriormente se apuntó.

Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se encuadran dentro del Capítulo XI relativo *al mercado y a los consumidores*, por lo que a primera vista solo debería tenerse en consideración el bien jurídico que se protege en los delitos encuadrados bajo el concepto de orden socioeconómico,

---

<sup>236</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, Revista Penal 1, 1998, p.68

<sup>237</sup> MARTOS NUÑEZ, J. A., Op.Cit., pp. 130 y 161, y BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO ZAPATER, S., Op. Cit., pp. 14 a 16

<sup>238</sup> TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1993, p. 32

en un sentido amplio, pues mediante el soborno se logra la adjudicación o consecución de cualquier contrato o transacción en el tráfico económico internacional, quebrando así el correcto funcionamiento del mercado de la producción o de los servicios. No obstante, como la intervención de un agente público es indispensable para que se consume el soborno transnacional, se hace también necesaria la confluencia del sector público con el sector privado, y por ende, el objeto jurídico protegido en los delitos contra el orden socioeconómico. Así pues, el sentido estricto también merece atención, dado que igualmente se quebrantan los principios jurídicos que inspiran la intervención estatal en el mercado y en el orden socioeconómico. La protección de la competencia como uno de los bienes jurídicos del orden socioeconómico salvaguarda los derechos o intereses que son inherentes al normal desarrollo de la competencia, y que repercuten en la actividad de los empresarios, de los consumidores y del propio funcionamiento correcto del mercado.

#### a.4. Bien jurídico protegido en la corrupción privada

La corrupción entre particulares alberga cierta similitud con el delito de cohecho. Su estructura formal es la de un soborno, pero no interviene ningún funcionario público. Este injusto representa el denominado cohecho privado<sup>239</sup> o la corrupción entre particulares.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> Esta comparación la utiliza el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, ley mediante la cual se introducen estos delitos en el CP: “(...) La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho(...)”

<sup>240</sup> Art. 286 bis del CP, introducido por la LO 5/2010 de modificación del CP por la trasposición de la Decisión Marco 2003/568 JAI de 22 de julio y reformado por LO 1/2015: “1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o

El bien jurídico protegido del que pudiera denominarse cohecho privado o entre particulares posee rasgos en común con el delito analizado, añadiendo, además, que comparte la misma ubicación en la Sección 4ª de los *delitos de corrupción en los negocios* que los delitos del art. 286 ter.

La protección penal frente a las conductas de corrupción privada se centra en la garantía de una competencia justa y honesta, franqueando la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma parecida a lo que se hace a través del delito de cohecho. Dichos comportamientos exceden la esfera del patrimonio privado, y rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado y de la competencia leal, que protege la Ley de Defensa de la Competencia.<sup>241</sup> La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Evidentemente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho, omitiéndose por voluntad legal la condición formal de la intervención de funcionario

---

*para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales. 3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio. 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate. 5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297."*

<sup>241</sup> Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia

público.<sup>242</sup>

La competencia constituye uno de los principios rectores de la economía de mercado, y la libertad de empresa afecta por tanto a las libertades individuales si no se desarrolla bajo los principios de una competencia libre y honesta. La competencia libre debe ser aquella que existe en el mercado cuando los oferentes producen bienes o servicios y los consumidores eligen libremente sus compras, partiendo de una información fidedigna y transparente sobre las características de precio y calidad de los productos.<sup>243</sup>

La justificación a la incriminación de las conductas corruptas en el ámbito privado puede buscarse en el respeto a la competencia leal y equitativa. La corrupción distorsiona las reglas de competencia en la compraventa de bienes y servicios en el mercado, e impide el desarrollo económico. Ello ocurre tanto en el sector privado, que es el que se incrimina con los delitos del art.286 bis, como también en el sector público. En definitiva, se trata de un mercado único, diferenciado internamente en público y privado en base al tipo de gestión. La lesión puede alcanzar ambos sectores, pero entonces las consecuencias garantistas y económicas puedan ser diferentes y exceder el ámbito de la corrupción entre particulares, que solo castiga el soborno en el ámbito privado.

El bien jurídico protegido en la corrupción entre particulares se concibe como la competencia leal del mercado; ello posibilita excluir de las conductas típicas aquellas que no se vean afectadas por las reglas de competencia, debido a que no existe una competencia efectiva en un determinado contexto o porque

---

<sup>242</sup> Preámbulo XIX de la LO 5/2010 de 22 de junio de reforma del CP. La reforma trae causa de la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado

<sup>243</sup> DEMSETZ, H., *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Ed. Alianza, Madrid, 1986, p. 25

estén amparadas por los usos sociales,<sup>244</sup> lo mismo que sucede con determinadas dádivas y el cohecho impropio. La protección de la libertad de competencia implica preservar la función económica de calidad-precio y su función político social, la posibilidad de acceso a otros competidores, y la posibilidad de elección del consumidor. El hecho de que el tipo penal se halle ubicado dentro del Capítulo XI, sirve además de criterio interpretativo. La tipificación de este delito pretende salvaguardar la competencia empresarial o profesional en la contratación de bienes y servicios, con la consiguiente afectación al normal funcionamiento de mercado.<sup>245</sup>

No obstante, los modelos de incriminación en Derecho comparado en cuanto a esta figura delictiva resultan variopintos, si bien todos reconocen la lesión a la libre y leal competencia del mercado; en Francia se opta por incriminar también la infracción del deber de fidelidad del trabajador respecto de la administración desleal que puede llegar a cometer con la empresa para influir así en el mercado, mientras que en Austria se vincula la corrupción privada a la deslealtad patrimonial entre mandatario y mandante. El modelo omnicompreensivo de Suecia es el que más llama la atención, ya que regula un delito común aplicable tanto a sujetos públicos como privados, sin hacer distinción entre corrupción privada y corrupción pública.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., *Corrupción entre particulares (Delito de)*, EUNOMIA nº3, Revista en Cultura de la Legalidad, Universidad Carlos III, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2014, p. 177

<sup>245</sup> NAVARRO MASSIP, J., *El delito de corrupción entre particulares*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 8, 2011, pp. 43 a 50

<sup>246</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., Op. Cit. p. 178, y GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)*, Revista de Derecho penal y Criminología, 09-13, 2007, pp. 245 a 288, con relación al delito de corrupción entre particulares en el Código Penal francés y su desvinculación del ámbito iuslaboralista, pasando al ámbito comercial, en cuanto al incumplimiento del deber de fidelidad del trabajador con la empresa; también en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Doctor. D. JOSÉ CEREZO MIR*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 257 a

La unificación de la tipificación de las conductas corruptas tanto para el ámbito privado como para el público tiene su sentido lógico, aunque aquí no poseería encaje sistemático en nuestro CP ni en nuestra tradición histórica y legislativa; el ordenamiento jurídico español desvincula y regula de forma separada, en todos los aspectos, el sector público y el sector privado.

En cualquier caso, ha sido criticada la tipificación penal del delito de corrupción entre particulares, porque el objeto de protección del delito de corrupción entre particulares es la competencia en el mercado, pero en realidad se incriminan conductas escasamente lesivas a dicho interés jurídico, so pretexto de la falta de ética que existe en los negocios y de que dichas conductas se evidencian. Se castiga el comportamiento venal de administradores y empleados en el ámbito de sus responsabilidades en los negocios, pero se sanciona por la mera concurrencia de la venalidad y no por la efectiva lesividad de esas conductas venales hacia la libre competencia.<sup>247</sup> Los delitos de corrupción en los negocios comparten un denominador común, que es la lesión a la leal competencia del mercado y la conducta de un soborno, pero son delitos absolutamente diferentes e independientes entre sí. La presencia de un funcionario público, junto con la finalidad específica de obtener un contrato o negocio en marco económico internacional y la gravedad de acometer una lesión al sector público, constituyen elementos típicos diferenciadores que concurren sólo en el cohecho transnacional.

En ambos tipos delictivos se vulnera la leal competencia del mercado, pero en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales comporta la alteración una afectación del mercado internacional y, por

---

290, en lo que atañe a la regulación del CP austriaco del delito de corrupción entre particulares y su visión respecto de la lesión al bien objeto de tutela.

<sup>247</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., “Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 266 y 321

extrapolación, también perturba el mercado español.

#### a.5. Bien jurídico protegido del delito de cohecho y su paralelismo con los delitos del art. 286 ter

El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales está compuesto, entre otros muchos elementos típicos, por una refundición del tipo de cohecho, con algunos matices del tipo de corrupción entre particulares, pues puede lesionar la competencia leal del mercado, pero también el correcto funcionamiento de la Administración Pública, teniendo en cuenta la bilateralidad de las conductas y la intervención de un agente público.

El paralelismo de estos delitos con el delito de cohecho fue una de las razones por las cuales se situó el injusto hasta la reforma de la LO 1/2015 en el Título XIX relativo a los delitos contra la Administración Pública. El bien jurídico de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales y el de los delitos de cohecho coincide en el ataque al correcto desempeño de la función pública.<sup>248</sup> La única diferencia estribó en que el cohecho internacional, según se interpretó con anterioridad, además de proteger el normal funcionamiento de la Administración Pública, también protegía el de las organizaciones internacionales y la transparencia frente a la corrupción de autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales. Se consideró que tutelaba la imparcialidad en el cumplimiento de las obligaciones de tales funcionarios.<sup>249</sup> La vinculación de los delitos de corrupción en las

---

<sup>248</sup> CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 2116

<sup>249</sup> SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 780 y 781

transacciones comerciales internacionales con el correcto funcionamiento de la Administración Pública española y extranjera resulta innegable. La ubicación sistemática anterior que poseyó este injusto y la similitud de la nueva redacción del tipo del art.286 ter respecto de la anterior del art.445, justifican que deba acudir a los delitos de cohecho para realizar un análisis comparativo no solo con relación a los elementos típicos estructurales, sino también en lo que al bien jurídico protegido atañe.

Los delitos del nuevo art. 286 ter aún revisten un claro paralelismo estructural con el tradicional delito de cohecho. Los elementos del tipo objetivo y del tipo subjetivo de ambos delitos son cuasi-idénticos, y por tanto resultará decisivo cómo se profile el bien jurídico protegido en los delitos de cohecho, para el análisis de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pues en ambos interviene un funcionario público.

Es soborno aquel acuerdo o trato adoptado entre el particular y el funcionario público, donde se persigue como finalidad la obtención, posible o resultante, de un acto o resolución determinado o determinable. La verificación del acto deberá ser contraria a Derecho y al principio de legalidad, aunque caben asimismo supuestos en que el acto puede ser reglado e ilícito. Estos supuestos de actos corruptos, que son reglados dentro de las competencias del funcionario público, constituyen un fraude de ley,<sup>250</sup> dado su contenido intrínseco, ya que contrarían el principio de prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública y de ahí la ineludible remisión al art. 103 de la CE.

El objeto de protección jurídica en el delito de cohecho no siempre ha estado definido por la doctrina de forma igualitaria, pudiendo contemplarse

---

<sup>250</sup>Art. 6.4 del CC.: “los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.



desde la perspectiva de los sujetos que toman la iniciativa corrupta, ya sea el particular o funcionario público, o desde la perspectiva de la naturaleza del acto que realice el funcionario como consecuencia del soborno. Existen varios tipos y subtipos del delito cohecho. Estos planteamientos para definir el bien jurídico desde un punto de vista subjetivo o sustantivo no impiden, sin embargo, que el desvalor de la conducta sea el mismo, con independencia de que el objeto del acuerdo sea típico o no, ilegal, reglado, o incluso cuando no exista acuerdo corrupto expreso. La contraprestación del funcionario puede ser antecedente, coetánea o subsecuente a la dádiva entregada, prometida o recibida. Pero cuando se trata de establecer un reproche penal unívoco en la diferenciación de conductas, se complica la cuestión. Para definir la naturaleza del comportamiento deberá atenderse al enriquecimiento personal e indebido obtenido por los sujetos. Tal perspectiva sustantiva para definir el bien jurídico protegido, ha sido criticada en parte. El legislador no considera necesario intervenir penalmente ante el acto ilícito, que en ocasiones podrá ser no penal o lícito, al cual se compromete a ejecutar el funcionario, cuando viene motivado por una razón diferente a la del lucro económico.<sup>251</sup> Desde la perspectiva del enriquecimiento ilícito y dentro del catálogo de las infracciones penales contra la Administración Pública, los delitos de cohecho adquieren mayor relevancia social y gravedad que otros delitos de corrupción, porque la interacción de dos sujetos distintos, funcionario y particular, es imprescindible para que pueda hablarse de injusto.

Surge a continuación la pregunta de si el bien jurídico protegido se lesiona en realidad de la misma forma en el cohecho activo que en el pasivo, en el

---

<sup>251</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Op. Cit.: "(...) Con todo por razones más de carácter político-criminal que dogmático, y no dejando de reconocerse la vinculación en varias de las figuras de cohecho con una actuación del funcionario paralela, lo cierto es que en la actualidad no hay ordenamiento que no contemple el delito de cohecho de forma autónoma, aunque su configuración típica se haga dependiente-objetiva o subjetivamente-de una actuación posterior-o anterior-del funcionario, de carácter preferentemente ilícito. Y sin embargo, dicha autonomía sólo se justificará si podemos definir un concreto objeto de tutela que difiera del tutelado en otros preceptos. De lo contrario estaríamos simplemente ante tipificaciones falsamente autónomas por representar meros adelantamientos de la intervención penal en relación con otros preceptos del Código.(...)", p. 89

cohecho propio o en el impropio, o en las distintas y posibles conductas típicas del sujeto activo. En este sentido coinciden los autores en destacar que los delitos contra la Administración Pública son delitos constitucionales y políticos, que se materializan a través de un ejercicio abusivo del cargo, esto es, abusando de una situación jurídica idónea.<sup>252</sup> La relación de servicio que mantiene el funcionario con la Administración debe desenvolverse en interés exclusivo de la comunidad de ciudadanos, ya que se trata de facultades preconcebidas al funcionario, que deben ser utilizadas de manera exclusiva para perseguir fines institucionales del Estado. Tanto es así que para dilucidar la forma de lesión al bien jurídico, según el tipo de cohecho, debe acudirse a la definición de la antijuridicidad y culpabilidad de cada tipo, sin perjuicio de que algunos juicios de antijuridicidad<sup>253</sup> puedan desembocar en una reflexión entre Moral y Derecho respecto de los deberes de naturaleza ética. Ello puede derivar en cuestiones que no corresponden al Derecho penal especial, si bien es preciso destacar, que la Moral, la Ética y los principios de prevención general pueden contribuir positivamente a completar la concepción del bien jurídico protegido en esta clase de delitos.<sup>254</sup> Un delito de cohecho impropio deberá analizarse desde la óptica de la Ética y la Moral, y desde los principios de la prevención general, a fin de que pueda catalogarse como conducta impune o punible y lesiva para el bien jurídico protegido. Por consiguiente, y al objeto de lograr una definición adecuada del bien jurídico, siempre se debería atender a la finalidad que reviste la conducta delictiva del delito de cohecho, y ésta en cualquier caso será fraudulenta y corrupta sin necesidad de que se cumplan ciertos requisitos respecto a la realización del tipo, pues la conducta puede resultar ilícita y aparentemente atípica con el fin de lograr la ocultación de un resultado típico de corrupción,

---

<sup>252</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, en Documentación Jurídica, Ministerio de Justicia, Vol. II 7/40, Madrid, 1984, p. 1093 a 1095

<sup>253</sup> Éste sería el caso del cohecho impropio o de considerar típica o atípica la entrega de una dádiva, según las circunstancias de cada caso.

<sup>254</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Estudios penales y criminológicos 18, Servicio de Publicaciones, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 295 a 369

como sucede en el cohecho impropio.

En el estudio de la lesión al bien jurídico de cualquier delito de soborno, también se plantea la disyuntiva sobre la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido en torno a la condición del sujeto activo. La cualidad del sujeto activo constituye una condición fundamental, bien sea en este caso el funcionario público o el particular el que toma la iniciativa y requiere al otro para delinquir. Sin embargo, esta postura ha sido muy discutida con relación a los tradicionales delitos de cohecho. Supone un riesgo que la clasificación del bien jurídico dependa de la cualidad del funcionario, porque entonces la dialéctica podría derivar en una concepción subjetiva del injusto, desligada del planteamiento objetivo que requieren otros delitos conexos.<sup>255</sup> Esta distinción en el bien jurídico tutelado, por razón de si el sujeto es el funcionario público o es el particular, se realizó en gran parte respecto del CP anterior de 1973, pues ya el Título que recogía los delitos de cohecho se rubricaba “*De los delitos de funcionarios públicos*”, es decir, se caracterizaban los delitos de propia mano, a diferencia del CP actual de 1995, en el que el delito de cohecho se regula en el Título XX relativo a “*De los delitos contra la Administración Pública*”. Sin duda resulta más adecuada la modificación actual que el antiguo Título, y además mejora la sistemática en la tipificación de estas conductas, pues la agravante genérica<sup>256</sup> de ostentar la condición de funcionario público también se aplica a otros delitos que no dañan a la Administración Pública. Precisamente en todas las figuras de cohecho, la condición de funcionario público es inherente a la naturaleza del injusto; de ahí que se imponga mayor pena a tenor de la gravedad de los hechos por parte de quien los cometa, si no está prevista en el tipo. Un funcionario público que ofrece, propone o solicita la dádiva de un particular para cometer delito de cohecho, quebranta todas las garantías derivadas del principio de legalidad. El servicio

---

<sup>255</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte General*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 443

<sup>256</sup> Art. 22.7 del CP

que mantiene el funcionario con la Administración debe desenvolverse en interés exclusivo de la comunidad de ciudadanos. Las facultades conferidas por el Estado al funcionario han de ser utilizadas de forma exclusiva para perseguir los fines institucionales del Estado. Por el contrario, un funcionario público que acepta la dádiva ofrecida o entregada por un particular, está violando su deber de integridad y su deber de lealtad, además de destruir la protección de confianza que el Estado depositó en él. El cohecho pasivo, el cometido por funcionario, vulnera igualmente el deber de integridad y el deber de lealtad del funcionario público, y transgrede la protección de la confianza que el Estado deposita en un funcionario. El cohecho activo, por su parte, se diferencia del pasivo por razón de que el particular y la Administración no están ligados por ningún vínculo contractual, aunque se altera el normal funcionamiento de las funciones públicas, afecta a la dignidad del Estado, al prestigio social y a la obligación de respeto; en otras palabras, el particular que delinque por medio del cohecho al aceptar o solicitar la exigencia de recompensa ilícita del funcionario público, provoca una alteración del normal funcionamiento de la Administración Pública. El particular no posee ningún vínculo contractual con la Administración, pero está incitando al funcionario a quebrantar su deber para con el cargo.<sup>257</sup> La ofensa al bien jurídico en el cohecho activo, cuya iniciativa corrupta proviene del particular, no debe referirse a un estado propio del funcionario, sino a la desviación del servicio público o a la corrupción de la función en el supuesto concreto.<sup>258</sup> Esta modalidad de cohecho constituye una infracción penal grave de un deber, del fiel

---

<sup>257</sup> Debe traerse a colación la Teoría de los *Pflichtdelikte*, entendida como la infracción del deber, ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Ed. De Gruyter, 7. Auflage, Berlin, 2006, pp. 352 a 398

<sup>258</sup> CASAS BARQUERO, E., “Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas”, en BARBERO SANTOS, M., *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. D. JOSÉ ANTÓN ONECA Oneca*, Op. Cit., p. 669

desempeño del cargo,<sup>259</sup> de lealtad<sup>260</sup> y de probidad económica.<sup>261</sup>

Con relación al deber funcionarial, el principio de imparcialidad en la función pública se entiende como ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas, que han de estar guiadas únicamente por los fines que legalmente justifiquen su desempeño,<sup>262</sup> así se recoge en el apartado 3º del art. 103 de la CE, *“La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos (...) y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*. Dicho principio de imparcialidad, aplicado al análisis del delito de cohecho, tiene que presidir toda la actividad de los funcionarios públicos y vincularse no solo a los poderes públicos, actividad administrativa, judicial y legislativa, sino también a los particulares, y debe referirse a que el objeto tutelado en el delito de cohecho es el deber de los poderes públicos de obrar con una fundamental neutralidad y objetividad en la prestación de servicios públicos.<sup>263</sup> El soborno cometido por funcionario público, ya sea de manera pasiva o activa, puede presentarse como un delito de lesión o de peligro,<sup>264</sup> según la conducta, porque a partir del momento en que recibe o acepta promesa de entrega de la dádiva se coloca en una posición parcial respecto al resto de los ciudadanos. Y de esta manera se conculca también el principio de igualdad contenido en el art. 14 de la CE: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o*

<sup>259</sup> CATALÁN SENDER, J., *Delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos., Barcelona, 1999, p. 193

<sup>260</sup> GRANADOS PÉREZ, C., en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *“El instrumento en el delito de cohecho”*, en *Delitos de los funcionarios públicos. Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 1994, pp. 131 y 143

<sup>261</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 226

<sup>262</sup> MORALES PRATS, F. (coord.) y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *“Título XIX, Delitos contra la Administración Pública”*, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, 5ª edición, Ed. Aranzadi, Elcano, 2005, pp. 1605, 1860 a 1862

<sup>263</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 356

<sup>264</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., p. 1610

*circunstancia personal o social*". Por el contrario, el cohecho cometido por particular responde ya no a la lesión, sino a la puesta en peligro del bien jurídico, dado que dicho sujeto no lleva la carga de resolver con imparcialidad y respetando la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sino que únicamente posee la obligación de utilizar los cauces lícitos para la obtención de su pretensión dirigida a la Administración, sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, cuya adopción y tramitación no le compete.

Desde una perspectiva más amplia, el bien jurídico a proteger en el delito de cohecho se corresponde con el correcto funcionamiento de la Administración.<sup>265</sup> Hay que añadir, sin embargo, que ello comprende la no conculcación del principio de parcialidad, bien internamente por el funcionario, bien externamente por el particular<sup>266</sup>, prestando además especial atención a la proscripción de la venalidad en el desempeño de las funciones públicas, interés que se concreta en la obtención de un lucro ilícito.<sup>267</sup> Los deberes de los funcionarios y la responsabilidad institucional tienen que contemplarse, en todo caso, como los presupuestos que protegen y constituyen la antesala del verdadero bien jurídico: el interés general.

La evolución doctrinal y jurisprudencial respecto al bien jurídico tratado, ha ido deslizándose desde la consideración de que está compuesto por el deber de probidad en el ejercicio del cargo funcional, hasta la estimación de que consiste en el correcto funcionamiento de la Administración conforme a las bases constitucionales.<sup>268</sup> No obstante, la jurisprudencia más actual matiza que debe ser la probidad del funcionario público la que permita a la Administración

---

<sup>265</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 112

<sup>266</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, 20ª edición, Op. Cit., pp. 873 y 874

<sup>267</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia al cohecho)", en CEREZO MIR, J.; TORÍO LÓPEZ, A.; AAVV, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Homenaje al Prof. TORÍO LÓPEZ*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 862 a 877, y 112

<sup>268</sup> BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español*, Tomo II, *El sistema de la Parte Especial*, Vol. 2, *Delitos contra bienes jurídicos colectivos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 358

asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos.<sup>269</sup>

OCTAVIO DE TOLEDO acertó al afirmar que la Administración despliega su existencia en interés de la comunidad de ciudadanos a los que sirve, pero a los que no representa. Elevar la protección penal de los deberes funcionariales comportaría una visión del funcionario como mero ejecutor de órdenes recibidas, independientemente de cuál fuera el contenido lícito o ilícito de las instrucciones impartidas. De esta forma se crearía la posibilidad de la aplicación indebida de la eximente incompleta,<sup>270</sup> relativa a obrar en cumplimiento de un deber, que desembocaría en un campo de aplicación ilimitado del desempeño arbitrario de la función pública.<sup>271</sup> Por tanto, la teoría de la relación Administración-funcionario debe concebirse como aquélla cuyo planteamiento rechaza la identificación del bien jurídico tutelado con el incumplimiento de un deber o cargo, si bien parte de la aceptación de la infracción como deber, pero

---

<sup>269</sup> STS 2025/2001 de 29 de octubre, ROJ 8381/2001. STS 77/2007 de 7 febrero, ROJ 2007\1921: "(...) En efecto el delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración Pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos (STS de 27.10.2006 [ ROJ 2006, 6737] ). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal. (...)". Caso Gürtel. STS 323/2013 de 23 abril, ROJ 2013\6698: "(...) Así, en general, los delitos de cohecho son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el lucro ilícito. Con respecto también al bien jurídico protegido en el delito de cohecho la STS. 31.7.2006 (ROJ 2006, 8872) afirmó que tanto en el activo como en el pasivo el bien jurídico protegido es el mismo, la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de esa función-, pero con dos perspectivas. En el pasivo, el quebrantamiento del deber de probidad que pesa sobre el funcionario y de la confianza en él depositada; en el activo, el respeto que se debe a la función pública por quien no la está ejerciendo en el asunto de que se trate. Se trata de un interés comunitario, que no puede, por regla general, ser encarnado por ninguna persona en particular, y pertenece a la comunidad en general y por ello -como precisa la STS. 5.4.2002 (ROJ 2002, 4267) -, la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular. (...)".

<sup>270</sup> Art. 20.7º del CP

<sup>271</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 243; y en idéntico sentido VIVES ANTON, T., *La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en E.P.C., Tomo IX., Santiago de Compostela, 1986, p. 277; también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 19

entendiéndola como objeto del derecho disciplinario.<sup>272</sup> Tesis distinta, aunque posiblemente también complementaria, resulta ser el reconocimiento de la esencialidad de la relación establecida entre ciudadano y funcionario. En esta línea hay que notar otras aportaciones,<sup>273</sup> las de aquéllos a los que la búsqueda y posterior determinación del bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios debe construirse sobre la obligación existente para los poderes públicos de ofrecer un servicio a la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

El ataque al bien jurídico protegido del delito de cohecho se produce anteriormente al correcto funcionamiento de la Administración Pública y posteriormente al quebranto de los deberes funcionariales, siempre en ese orden, pero no debiendo presumirse lo uno sin lo otro. El ordenamiento jurídico debe tutelar la obligación por parte de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de todos los intereses de los ciudadanos, fomentando que se promueva y respete la imparcialidad de la función pública, esto es, de manera contraria a la arbitrariedad.

Con carácter genérico y de categorización, el bien jurídico protegido de los delitos contra la Administración Pública lo constituye, tal como apunta MIR PUIG,<sup>274</sup> el correcto funcionamiento de la Administración Pública, bien sea en su vertiente objetiva de la función pública o del servicio público en su aspecto externo, la relación Administración-ciudadano, o bien sea en el aspecto interno,

---

<sup>272</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 336 a 342

<sup>273</sup> VIVES ANTÓN, T., *La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Op. Cit., p. 274 y ss., y también en el mismo sentido el citado autor, "Delitos contra la Administración Pública", en ORTIS BERENGUER, E. y AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 632 y ss.

<sup>274</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Op. Cit., p. 19



la organización o relación Administración-funcionarios.<sup>275</sup> Debe traerse a colación la Exposición de Motivos de Proyecto de LO 10/1995 del CP, en la que se proclamó la concepción de la función pública y el servicio a los ciudadanos bajo el imperio de la legalidad. No es la misma en el marco de la CE de 1978, con mentalidad del legislador histórico que en el sentido del legislador posterior, quien la desarrolló bajo cánones más adaptados a la realidad social. En el anterior CP de 1973, la fidelidad a la función pública y a la jerarquía administrativa representaban el núcleo fundamental de la antijuridicidad, donde el acatamiento de la organización y régimen administrativo aparecían como la mayor manifestación de la legalidad, y donde el bien de la cosa pública y el servicio al ciudadano eran elementos que, aunque no desdeñados, se manifestaban de modo claramente complementario. En el actual CP se invierte el orden de valores, partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía, los intereses generales, y sometida al principio de legalidad; aquello que no trasciende a los intereses perseguidos, vida interna de la Administración, difícilmente podrá tener cabida en el CP de acuerdo con el principio de *última ratio*. La pureza del ejercicio público tampoco puede considerarse un bien jurídico en sí, porque se identifica con el ideal al que aspira un Estado de Derecho,<sup>276</sup> es decir, la corrección del ejercicio de la función pública de conformidad a la ley y al derecho.<sup>277</sup>

En conclusión a lo expuesto, una visión ecléctica de los distintos enfoques para el análisis del bien jurídico de cohecho será la que más valor aporte al posterior estudio de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Frente a la cada vez más temida patrimonialización de la función

---

<sup>275</sup> Se desvinculan en el presente trabajo las relaciones internas del funcionario con la Administración así como la estructuración orgánica, pues estas cuestiones pertenecen al Derecho Administrativo y lo que verdaderamente interesa con relación a la protección del bien jurídico es el cómo se desarrolla la función pública dentro del correcto funcionamiento de la Administración frente a los ciudadanos y a los demás poderes públicos.

<sup>276</sup> La definición de España como un Estado de Derecho viene plasmada en la Constitución, artículo 1.1: “ España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

<sup>277</sup> WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, Ed. Dunker & Humblot Verlag, Berlin, 1975, p. 270

pública por parte de los sujetos que la integran, junto con la manipulación del Estado para satisfacer los intereses particulares de los funcionarios, debe protegerse el desempeño de la función pública de forma regular, legal y lícita con la finalidad de preservar el correcto funcionamiento de la Administración Pública y que ésta sirva a los intereses generales, respetando el principio de igualdad entre todos los ciudadanos. Este conjunto homogéneo de bienes jurídicos podrán conculcarse tanto en el cohecho activo como en el pasivo, y tanto en el cohecho propio como en el impropio. A la luz de este enfoque en la delimitación del bien jurídico de los delitos de cohecho, se habrán de analizar algunos de los intereses que conforman el bien jurídico protegido en el soborno transnacional. Las conductas del art. 286 ter, además de atacar en primera línea el correcto funcionamiento del mercado económico y comercial internacional, podrán vulnerar en segundo plano los intereses y principios anteriormente aludidos. Y la presencia de una autoridad o funcionario público, nacional, de la UE o extranjero en el tipo ocasiona que la lesión se extienda sobre el sector privado y el público.

#### a.6. Bien jurídico protegido en la corrupción de las transacciones comerciales internacionales

Dentro de la corrupción de las transacciones internacionales comerciales, se configura el objeto jurídico de tutela desde un punto de vista supraindividual y macrosocial. Se trata de un delito semipúblico y pluriofensivo, de ahí que hubiera lugar a examinar, de forma sucinta y con carácter previo, el bien jurídico de los delitos socioeconómicos en general, el del delito de corrupción entre particulares y el del delito de cohecho anteriormente descritos. El soborno transnacional únicamente se produce mediante la intervención de un funcionario

público en el ejercicio de su cargo, por tanto, además de conculcar el sector privado, también lesiona al sector público; he ahí la razón para poder afirmar que la naturaleza del bien jurídico es semipública. El bien jurídico protegido ostenta una doble naturaleza, pues abarca la tutela del libre mercado y la función pública.<sup>278</sup>

#### *a.6.1 Naturaleza semipública del bien jurídico protegido*

La naturaleza del bien jurídico protegido es de carácter semipúblico, ya que afecta al sector privado y al sector público.<sup>279</sup> El delito analizado ostenta por tanto una naturaleza semipública con relación a la lesión de los bienes que conculca y a su ubicación sistemática. La anterior regulación a la reforma penal de la LO 1/2015 situaba a estos delitos junto con el resto de injustos de naturaleza exclusivamente pública, que atacaban a la Administración Pública española. Actualmente se ubica el cohecho transnacional en el elenco de delitos socioeconómicos, los cuales protegen bienes jurídicos de cuño privado y semipúblico.

Esta caracterización no queda exenta de polémica si se contempla su ubicación en algunos Códigos europeos, que han incorporado el injusto en su legislación penal tras la ratificación del Convenio de la OCDE. En Derecho

---

<sup>278</sup> MEMENTO PENAL, Ed. Lefevre El Derecho, edición 2016, marginal 12107

<sup>279</sup> Esta naturaleza del bien jurídico protegido no debe confundirse con los denominados delitos semipúblicos, definidos por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Volumen I, 5ª edición, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, en sentido procesal: el legislador penal configura algunos tipos en el ámbito socioeconómico como delitos semipúblicos, al objeto de restringir la intervención penal con técnicas procesales. Los delitos semipúblicos ostentan un fundamento político-criminal. Es el propio Estado quien condiciona la persecución de ciertos delitos a la previa iniciativa procesal de aquellas personas, porque no parece indicada una respuesta de oficio prescindiendo del interés real y efectivo del titular del bien jurídico, pp. 57 a 59. Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales no requieren denuncia del agraviado, pues afectan a los intereses generales y a una pluralidad de víctimas, ex art. 288 del CP.

Comparado viene definiéndose este bien jurídico como un bien de naturaleza pública y/o privada a la vez, según los distintos matices que establece cada Ordenamiento Jurídico. Así, por ejemplo, en el CP francés y en el CP italiano se regula el delito junto con los delitos de cohecho, ubicados dentro de los epígrafes relativos a los delitos contra la Administración Pública. El CP portugués y el CP alemán, por su lado, distinguen la corrupción privada de la corrupción pública.

El CP francés de 1994<sup>280</sup> regula en su Libro IV, Título III, Cap. V " De los atentados contra la Administración Pública de las Comunidades Europeas de los Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales públicas", en su Sección 1ª relativa a la corrupción, el delito de cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos nacionales, de las Comunidades Europeas o de otros Estados y organizaciones internacionales públicas, que no sean las instituciones de las Comunidades Europeas. A continuación y como modalidad del cohecho, en aplicación del Convenio de la OCDE, se tipifican en la misma Sección las transacciones comerciales internacionales cometidas por los mismos sujetos activos y pasivos aludidos.<sup>281</sup> Resulta curiosa la intención del legislador francés al englobar en un mismo artículo, con multitud de apartados, las distintas modalidades del cohecho, en su vertiente pasiva y activa, de las transacciones internacionales comerciales.

Italia,<sup>282</sup> por su parte, regula en el Libro II, "*delitti in particolare*", el Tít. II de los delitos contra la Administración Pública y en el Capítulo I sobre los delitos

---

<sup>280</sup> Légifrance-service public de la difusión du droit (Mise à jour 15/09/2003), Code pénal (Version consolidée au 27 juillet 2015); [Legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), Le service public de la diffusion du droit;

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (20/09/2015)

<sup>281</sup> Francia ratificó el Convenio de la OCDE el 25 mayo 1999, y su transposición fue mediante Ley 595/2000 de 31 julio

<sup>282</sup> Italia ratificó en Convenio de la OCDE el 15 diciembre de 2000, y su transposición fue por Ley 231/01 de 13 febrero de 2001

cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública, los arts. 317 a 322 bis de su CP de 1930,<sup>283</sup> penalizan a la par la corrupción de los funcionarios públicos italianos, así como también de las personas que ejercen funciones o actividades correspondientes a funcionarios públicos, y de los encargados de un servicio público en Estados extranjeros u organizaciones públicas internacionales, en caso de que el hecho se efectúe bien para procurarse a sí mismo o a terceros, ventajas o beneficios indebidos en transacciones internacionales comerciales.

En cuanto al CP portugués de 1982,<sup>284</sup> éste regula en el Libro II, Título V “*de los delitos contra el Estado*”, Capítulo IV relativo a “*los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*”, la Sección I “*De la corrupción*”, los arts. 372, 373 y 374, el cohecho pasivo y activo de forma análoga a nuestro CP<sup>285</sup>, y de manera más exhaustiva se tipifica también en la Ley penal especial portuguesa, 34/1987 de 16 julio, el soborno de funcionarios públicos portugueses en su vertiente activa y pasiva.

El CP alemán de 1998<sup>286</sup>, por el contrario, en la Sección vigesimosexta, relativa a los delitos contra el tráfico comercial y la competencia desleal, su art. 299 prevé la punición del delito de cohecho en las transacciones comerciales nacionales e internacionales, en las que activa o pasivamente intervenga un

---

<sup>283</sup> CODICE PENALE (a cura di Sergio Beltrani), Roma, 2006, Codice penale; y (aggiornato al 01/04/2015) Polizia Penitenziaria - Comparto Ministeri; [http://www.polpenul.it/attachments/047\\_CodicePenale.pdf](http://www.polpenul.it/attachments/047_CodicePenale.pdf) <http://www.diritto.it/codici/2> (18/09/2015)

<sup>284</sup> Código Penal portugués aprobado por Decreto Ley 400/1982 <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/17000/0618106258.PDF> (18/09/2015). Portugal ratificó el Convenio de la OCDE el 23 de noviembre de 2000

<sup>285</sup> La diferenciación de cohecho activo y pasivo contenida en el CP portugués se corresponde con los mismos términos utilizados por nuestra doctrina española penal

<sup>286</sup> StGB, 37ª edición, Ed. Beck-Texte im dtv; (*Einführung vom Prof. Dr. Hans Heinrich Jescheck*); (corroborado con el informe del Consejo General de la Abogacía del Estado sobre el proyecto de ley para la reforma del Código Penal alemán propuesto por el Ministro de Justicia referente a la lucha contra la corrupción, Febrero 2007, BRAK Stellungnahme 2/2007)

funcionario público nacional o miembro de la Unión Europea o, en su caso, miembro de algún organismo o institución europea.<sup>287</sup> Con relación al delito de cohecho en su art. 334, dentro de la Sección Trigésima " *Straftaten im Amt* ", tipifica rigurosamente los delitos cometidos en el seno de la Administración Pública, que aborda todo tipo de beneficios ilegítimos adquiridos por los funcionarios, comprendiendo en la misma Sección el delito de prevaricación. El legislador alemán efectúa la clasificación en torno a la condición de funcionario público y no conforme al *modus operandi*, pues se trata de delitos especiales caracterizados en atención a los sujetos como punto de partida y, en consecuencia, las posibles variantes que pueden adoptar las formas de ejecución, pero no en orden inverso, ya que no resultaría lógico ni coherente frente a la propia naturaleza jurídica de tales delitos de corrupción.<sup>288</sup> Nuestra legislación penal se asemeja, tras la última reforma legislativa, a la regulación del cohecho alemán, " *Bestechlichkeit* ", y a las transacciones internacionales comerciales, " *Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr* ", por cuanto que, además de haber introducido el legislador alemán un abanico de sujetos activos del delito como funcionarios públicos nacionales, regula las transacciones comerciales solo en el ámbito nacional, así como la competencia desleal en el sector privado originada por un acto corrupto.<sup>289</sup>

La regulación en España del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales ha sufrido una evolución bastante desafortunada, desde su incorporación en el CP hasta su última reforma, la cual tampoco ha sido del todo acertada. En primer lugar, nuestro derecho interno tuvo que acomodarse plenamente a las exigencias internacionales marcadas por el Convenio de la

---

<sup>287</sup> Alemania ratificó la Convención de la OCDE el 10 de noviembre de 1998, y su aplicación directa fue mediante *Bundesgesetzblatt Nr. 2327*, de 15 de febrero de 1999. (Boletín oficial del Estado alemán)

<sup>288</sup> (los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado no están sujetos al régimen general de funcionarios del Estado)

<sup>289</sup> Se encuentra también en Proyecto de Ley la extensión de las transacciones internacionales comerciales a funcionarios internacionales, rebasando así el ámbito europeo.

OCDE,<sup>290</sup> por lo que la regulación de este delito concreto no tenía antecedentes. El paralelismo estructural con el delito de cohecho propició su ubicación inicial en el CP junto con los delitos contra la Administración Pública. La ubicación sistemática constituye un indicador y una referencia para entender cuál es verdaderamente el objeto jurídico de tutela. En segundo lugar, no se tipificó en España la corrupción penal en el sector privado hasta la reforma mediante LO 5/2010, de manera que los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales no podían tampoco haber tenido otro encaje en el CP. En tercer lugar, también resultó una novedad, no prevista hasta entonces, que interviniese un funcionario público extranjero en connivencia con el sujeto activo. Aún hoy presenta el tipo ciertas deficiencias que acaban afectando al análisis y comprensión del bien jurídico protegido, porque se trata de un delito complejo por su singularidad y por su paralelismo con el cohecho y su ubicación junto con el delito de corrupción entre particulares, si bien la corrupción se extiende en el caso que ocupa al tráfico económico y comercial internacional.

La línea a seguir para caracterizar el bien jurídico y según la ubicación actual del art. 286 ter, dentro del Título de los delitos socioeconómicos, conduce a observar la lesión en el sector privado y su expansión al sector público, porque el acto corrupto parte de un soborno con el funcionario público, que transgrede

---

<sup>290</sup> LO 5/2010, Preámbulo XXVII y LO 1/2015 que intentó ajustarse a las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo de anticorrupción de la OCDE, que a 12 de Junio 2014, emitió algunas declaraciones del estado de situación de la corrupción en España: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/espana-debe-modificar-su-codigo-penal-y-hacer-cumplir-los-delitos-de-cohecho-internacional.htm>, así como la declaración del 8 de Junio de 2013, en la que manifestó la profunda preocupación de la OCDE por la falta de acusación de ningún delito de cohecho (ante tribunales) durante 13 años, desde la firma del Convenio OCDE, dado que la reforma del 2010 del CP resultó insuficiente y debía endurecer las normas penales: <http://www.oecd.org/daf/antibribery/oecdseriouslyconcernedbyabsenceofforeignbriberyconvictionsinspain.htm>, y las advertencias anteriores del 31 Marzo 2006: <http://www.oecd.org/corruption/spainshouldintroducefullcorporateliabilityandfinestobettercombatbriberyofforeignpublicofficialssaysoecd.htm> (30/08/2015)

arbitrariamente la función pública para obtener un beneficio particular.

En las sociedades modernas existe una conexión evidente entre corrupción y mercado. De hecho, son cada vez más patentes los efectos económicos de la corrupción en el tráfico comercial y en la Administración. Con relación a la naturaleza del bien jurídico, se afirma que este delito analizado se dirige a tutelar también el orden socioeconómico, en concreto, la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales, particularmente en la relación de los agentes económicos con las autoridades y funcionarios de terceros países. Así, la última reforma del CP determina de forma tajante y gracias a la nueva ubicación del art. 286 ter, que el bien jurídico predominantemente tutelado es de carácter socioeconómico; concretamente, el correcto funcionamiento del mercado y, por derivación, la defensa de la competencia en el libre mercado. Incluso el propio Convenio OCDE señaló en sus *Considerandos* que este fenómeno distorsiona las condiciones competitivas internacionales.

La defensa del correcto funcionamiento del mercado internacional puede comportar una defensa más específica sobre la competencia leal del mercado, tal como se protege en los delitos de corrupción privada. La ubicación de esos delitos con los del art. 286 ter, en la Sección 4ª denominada de la *corrupción en los negocios*, establece un denominador común para ambos tipos de injusto. El delito aquí analizado conlleva una lesión más amplia que los delitos de corrupción privada, pues afecta a todo el tráfico comercial internacional y no solo a la competitividad en los negocios del sector privado. La intervención de una autoridad o funcionario público, ya sea español o extranjero, amplía el espectro de lesión a los intereses de carácter público.

La conexión entre el sector privado y el sector público reviste especial importancia en el estudio del bien jurídico protegido de los delitos de corrupción



en las transacciones comerciales internacionales, porque además de comprender la clásica tutela de los bienes de cuño colectivo del delito de cohecho y de los delitos contra el orden socioeconómico, está implicada la participación de la delincuencia económica a nivel internacional. El soborno solicitado, ofrecido o prometido a un funcionario público extranjero tiene por objeto conseguir o *conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales*. Resulta evidente que la obtención de dichos contratos suela materializarse a través de estructuras y organizaciones perfectamente delimitadas o, en su caso, mediante grandes empresas culpables de una corrupción en el sector privado, aspirando a realizar luego el soborno internacional para obtener ese resultado ilícito. El comportamiento delictivo ha de realizarse en el transcurso de una operación económica internacional provocada por la obtención de una irregularidad de carácter público.

#### *a.6.2 Pluriofensividad del bien jurídico protegido*

Para la definición de este bien jurídico protegido parece más adecuada una interpretación lógico sistemática<sup>291</sup> con ajustes teleológicos.<sup>292</sup> La finalidad de la acción en este tipo de delitos esclarece la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta que lesiona el bien jurídico. Se acertará si el bien jurídico se estudia desde el prisma de una teoría finalista. Asimismo, hay que recordar que en base a la antijuridicidad material, según la cual se pone en peligro el bien jurídico, se

---

<sup>291</sup> La interpretación lógico sistemática e histórica, concebida en este contexto como la búsqueda del sentido de la norma a partir del examen de de situación dentro de la ley y su relación con otros preceptos. Hay términos legales que no pueden interpretarse de manera aislada, si no es en relación al contexto en que se utiliza. El elemento histórico proporciona la ratio por la cual nació el precepto que en ocasiones puede tener valor interpretativo, pero choca a su vez con la interpretación con arreglo a la realidad social.

<sup>292</sup> La interpretación teleológica o racional puede llegar a tener carácter preferente para algunos autores y respecto de algunos tipos penales. Parte de la fijación de cuáles son las finalidades de las normas penales, ya que éstas deben ser interpretadas a partir del fin que persigue el Derecho penal, que no es otro que la tutela de los bienes jurídicos penalmente relevantes.

adelantan las barreras punitivas y se revaloriza la lesión al bien jurídico, lo cual a su vez explica uno de los motivos por los que se trata de un bien jurídico pluriofensivo.

Desde una perspectiva constitucionalista, deben encuadrarse los delitos contra el orden socioeconómico con los preceptos constitucionales del derecho a la propiedad<sup>293</sup> y a la libertad de empresa en una economía mercado.<sup>294</sup> La lesión a los distintos bienes jurídicos ha de interpretarse en base al derecho de los ciudadanos respecto a la protección de la propiedad privada y a los principios rectores de la política social y económica. La intervención del Estado en la economía<sup>295</sup> podría justificar la presencia del Derecho penal como *ultima ratio* para la represión de determinadas conductas que atenten contra el normal desarrollo de la economía de mercado.

El tipo penal analizado ostenta una naturaleza esencialmente socioeconómica, protegiendo la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional.<sup>296</sup> En principio, la corrupción en la mayoría de sus manifestaciones vulnera el orden socioeconómico. En los delitos de corrupción sucede igual que en los delitos contra el orden socioeconómico, es decir, para definir su bien jurídico protegido se hace necesario atender pormenorizadamente a la conducta, al sujeto, al medio y al resultado. Al objeto de determinar una definición del bien

---

<sup>293</sup> Art. 33 de la CE: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.”

<sup>294</sup> Art. 38 de la CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación.”

<sup>295</sup> Artículo 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

<sup>296</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., pp. 80 y 81

jurídico de la corrupción, hay que precisar los elementos típicos de la infracción en cuestión y así distinguir la tutela adecuada del bien concreto lesionado. RODRÍGUEZ PUERTA<sup>297</sup> justificó la introducción en el CP de tales delitos de corrupción, no solo por el hecho de perturbar el correcto desempeño de la función pública, sino por la necesitada protección que requería además el marco del correcto desarrollo del tráfico comercial internacional. Por tanto, puede concluirse que los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales vulneran el tráfico comercial internacional como uno de los aspectos del orden socioeconómico, si bien ha de especificarse lo que significa la lesión al tráfico comercial internacional, puesto que su espectro es excesivamente amplio en todo lo que comporta este bien jurídico.

La protección del correcto funcionamiento del tráfico económico y comercial internacional que pretende el art. 286 ter ha de interpretarse como la protección a una competencia justa y honesta, pero en la vertiente de la función político-social que debe cumplir. Proteger la competencia<sup>298</sup> tiene que entenderse como la protección de su función económica (calidad-precio) y su función político social (posibilidad de acceso a otros competidores y posibilidad de elección del consumidor).<sup>299</sup> La imposibilidad de que otros competidores accedan a los negocios o contratos adjudicados al particular que ha sobornado al funcionario, puede afectar a la capacidad de elección del ciudadano o consumidor y a la variedad de productos que se ofrecen en el mercado, pudiendo mermar la calidad por aumento y desequilibrio de los precios del competidor desleal. Asimismo se quebranta esta función político social de la competencia leal del mercado, porque el funcionario debe velar no solo por el cumplimiento

---

<sup>297</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., pp. 1998 y 1999

<sup>298</sup> La OCDE define el Derecho de la competencia como el cuerpo de leyes y reglamentos encargados de regular las prácticas empresariales: MINA, G. y P. GIBBONS, P., *Trade and Competition, International Trade Research Paper Series*, Australian Government Publishing Service, 1995, p. 11

<sup>299</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S., Op. Cit., p. 476

reglado y honesto de sus funciones públicas, que deben contribuir al correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino también por la salvaguarda del correcto funcionamiento del mercado a través de la justa y medida intervención del Estado en una economía de mercado,<sup>300</sup> e igualmente tendrá también la obligación de salvaguardar que desde ese Estado no se contribuya a irrumpir en la leal competencia del tráfico económico internacional.<sup>301</sup> Sin embargo, no debe equipararse la protección del tráfico comercial internacional con la violación exclusiva de la competencia leal del mercado, ya que esta segunda es consecuencia de la primera, si bien delimitada en un marco más reducido, como ocurre con los delitos corrupción entre particulares, en los que la ventaja adquirida perturba la leal competencia en España, aunque no existe transacción comercial o económica que culmine con un negocio o contrato en el marco internacional, como sí ocurre en los delitos del art. 286 ter.

El injusto del delito de corrupción entre particulares solo se emparenta con el delito de cohecho transnacional, porque ambos constituyen conductas corruptas de soborno y apuestan por obtener una ventaja indebida y competitiva. El delito de corrupción entre particulares pretende proteger una competencia justa y honesta mediante la represión de actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho.<sup>302</sup> La distinción no obsta para que deba tenerse muy en cuenta que existe una zona de incertidumbre en las conductas de ambos delitos, dado que el delito de corrupción entre particulares puede exceder en ocasiones la esfera de lo privado, rompiendo así las reglas del buen funcionamiento del mercado y

---

<sup>300</sup> Art. 38 de la CE; El concepto de economía de mercado reposa esencialmente en la libre competencia, DEMSETZ, H., Op. Cit., p. 25

<sup>301</sup> Entiéndase que el concepto de libre competencia tiene en cuenta tanto los bienes nacionales como los extranjeros. Ésa es una de las razones que justifican la profunda interrelación entre las políticas de libre competencia y el libre comercio.

<sup>302</sup> Exposición de Motivos de la LO 5/2010

extrapolándose al sector público.

Con respecto a la vertiente pública del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales ya mencionada, son aplicables las teorías sobre el análisis del delito de cohecho, tratándose en este caso solo el cohecho activo, dado que el cohecho pasivo en tales conductas no está expresamente tipificado, y sin perjuicio de que sirva de inspiración para la perfecta comprensión de la lesión al objeto jurídico tutelado. El marcado carácter pluriofensivo queda reflejado a través del quebranto del principio de legalidad, del principio de igualdad y del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos, repercutiendo todo ello de manera decisiva en la competencia. La desviación del servicio público que deba preservar el agente, el funcionario público español o extranjero, se verá atacada en los delitos de corrupción analizados. Esta desviación pública será utilizada para lograr una mayor ventaja competitiva en el mercado y en el tráfico internacional.

La intervención de un agente público demanda una tutela a la imparcialidad de la función pública española, porque tal protección impedirá la desigualdad en el acceso a una posición competitiva de un contrato, negocio o transacción económica concedida o facilitada por el funcionario público español en el mercado económico y comercial internacional.

Este delito de corrupción ataca al correcto funcionamiento de la Administración cuando el agente público es español, sin embargo, si se trata de un funcionario público extranjero o de la UE, tal como señala la remisión en el art. 286 ter al art. 427 del CP, la lesión se dirigirá entonces a la Administración Pública extranjera. La definición, que por remisión se efectúa sobre la figura del funcionario público extranjero, extiende también el campo de tutela a la transparencia y el correcto funcionamiento de los organismos u organizaciones

internacionales y entes públicos extranjeros. Además, resulta de extrema importancia prestar atención al papel del sujeto como autoridad o funcionario público extranjero o de la UE, a la vista de que los principios rectores de la función pública, como anteriormente se citaron, son aplicables del mismo modo: el deber de imparcialidad, el deber de lealtad y el deber de honestidad, el principio de legalidad y el principio de igualdad, entre otros. El problema es que todos estos principios que conforman la función pública y se quebrantan cuando interviene un funcionario público extranjero, se relegarían a la protección de una Administración Pública extranjera, frente a la cual el Estado español carece de soberanía. Cada vez que un particular o persona jurídica española soborne o atienda la solicitud corrupta de un funcionario público extranjero, vulnerará de forma colateral y subsidiaria el prestigio internacional en las relaciones diplomáticas e internacionales que mantiene el Estado español, (es decir, su Administración Pública en última instancia) con las administraciones públicas extranjeras. La libre competencia del mercado español respecto de las inversiones y la consecución de negocios en el extranjero se verán también atacados, en cualquiera de los casos. El cohecho internacional mina el acceso, en términos de igualdad, a la libre competencia al resto de competidores españoles en mercados extranjeros.

La pluriofensividad de los delitos analizados es consustancial a cualquier conducta de cohecho<sup>303</sup> y absorbe igualmente otras conductas socioeconómicas que atacan la leal competencia del mercado, aunque en el marco internacional.

#### *a.6.3 Síntesis sobre los intereses jurídicos que componen el bien*

---

<sup>303</sup> GARCÍA ALBERO, R., “Art. 286 ter”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la Reforma de 2015*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 575 y 576

*jurídico protegido de los delitos del art. 286 ter*

El bien jurídico de los delitos del art. 286 ter es complejo de definir, debido a la agrupación de elementos típicos que contiene, a los compromisos internacionales adquiridos de los que proviene, y a las pautas interpretativas que marcaron su antigua y su nueva ubicación.

Las conductas del delito analizado lesionan el libre desenvolvimiento del tráfico comercial internacional, incidiendo en el mercado público y privado. Por tanto, puede concluirse que la finalidad perseguida en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales tiende a proteger la libre competencia del mercado y el ejercicio de funciones públicas a nivel nacional o internacional.<sup>304</sup> Esta doble naturaleza establece una estrecha relación entre esos bienes de cuño colectivo.

El correcto funcionamiento de la Administración Pública española únicamente se verá conculcado cuando el delito lo cometa un particular con una autoridad o funcionario público español, según establece el art. 286 ter por remisión al art. 24 del CP. El particular que corrompe al funcionario público español o que atiende la solicitud corrupta de dicho funcionario, vulnera los principios de probidad de la función pública y el principio de igualdad de los ciudadanos frente a la Administración que sirve a los intereses generales.

En caso de que para la comisión del delito medie un funcionario público extranjero o de la UE, según determina el art. 286 ter por remisión al art. 427 del CP, se pondrá en entredicho el prestigio internacional en las relaciones diplomáticas e internacionales que mantiene el Estado español, a través de su

---

<sup>304</sup> DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., *El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 445 del Código Penal) (1)*, Ed. La Ley, año XXVIII, nº 6740, 21 de Junio de 2007, p. 203

Administración Pública, con el Estado extranjero al que pertenezca el funcionario público extranjero en cuestión.

La libre competencia del mercado español respecto a las inversiones, transacciones comerciales y contractuales, y la consecución de los negocios en el extranjero se verán quebrantados tanto si la autoridad o funcionario público sirve al Estado español como si sirve a otro Estado extranjero. Podrá afirmarse que se ha lesionado o que solo se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido, en función de que se haya consumado la conducta y se haya obtenido el resultado o ventaja mediante el acuerdo corrupto. No obstante, tal diferenciación resulta en ocasiones imposible, porque la corrupción en sí comporta un riesgo de lesión a bienes jurídicos colectivos. En algunas circunstancias se materializan los efectos del delito en una lesión, en otras solo comportan un peligro, a pesar de haberse consumado una conducta típica, antijurídica y culpable. La alteración del libre y regular funcionamiento del mercado no siempre trasciende a un perjuicio directo y concreto a los ciudadanos, de ahí que la mayoría de los delitos de corrupción se consideren delitos de peligro y de víctima difusa. Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales son, por lo general, delitos de peligro concreto, pluriofensivos y de carácter semipúblico.

El bien jurídico protegido para todas las modalidades de los delitos de corrupción del art. 286 ter es el correcto funcionamiento del tráfico comercial y económico internacional, dentro del orden socioeconómico y en su vertiente de las condiciones de la libre competencia.<sup>305</sup> De forma colateral se tutela el interés

---

<sup>305</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Breve Reflexión sobre la modalidad de cohecho activo en las actividades económicas internacionales (art.286 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1170 y 1170; también con relación al antiguo art. 445 estimó BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, que el bien jurídico afectado por la comisión de este delito se encontraba en estrecha relación con el funcionamiento de la Administración Pública del país del funcionario extranjero y además estaba vinculado a la competencia leal en el mercado internacional, que se vería



público en el plano internacional y, dependiendo de si el funcionario público sirve al Estado español o a otro extranjero, se vulnerará también el correcto funcionamiento de la Administración Pública española, o el prestigio e imagen del Estado español en las relaciones comerciales internacionales frente a la Administración Pública extranjera.

---

vulnerada por la aparición en escena de elementos ajenos al libre juego de la oferta y la demanda como son los sobornos, p. 169; por otro lado, también con relación al antiguo art. 445 consideró CUGAT MAURI, M., "La corrupción en las transacciones comerciales internacionales", en GARCÍA ARÁN, M., Op. Cit., que el Convenio de la OCDE pretendía que se protegiera penalmente el mercado, siendo el objeto de tutela de estos delitos la definición de lo que es objeto de interés público en el plano internacional y las competencias de los Estados en orden a su protección, el reconocimiento del especial poder que los funcionarios pueden tener en el mercado y la consiguiente necesidad de reprimir los abusos en su ejercicio, p. 332

## **B) Elementos objetivos del tipo de injusto**

### **b.1. Sujeto activo**

Los delitos del art. 286 ter son delitos comunes que comete el que corrompe, intenta corromper a una autoridad o funcionario público, o acepta su solicitud corrupta.

Los sujetos activos penalmente responsables de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales pueden ser cualquier persona física o jurídica.

Con carácter previo a entrar en el estudio de los sujetos que intervienen en estos delitos, es conveniente detenerse en la naturaleza jurídica de tales delitos desde el punto de vista de los sujetos, ya que no todas las personas que interactúan en los hechos delictivos ostentan la condición de sujeto activo. A la vista de la similitud de la naturaleza jurídica, desde la perspectiva de los sujetos con los delitos de cohecho y por tratarse en ambos casos de un soborno entre dos sujetos, procede aplicar y cuestionar determinadas teorías del cohecho a los delitos del art. 286 ter.

#### *b.1.1. Naturaleza jurídica del delito desde la óptica de los sujetos*

La naturaleza de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales es fundamentalmente socioeconómica y tiende a tutelar la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para

abusar de una posición dominante en el tráfico económico internacional.

En la estructura de estos delitos resultan necesarios dos elementos personales: el particular, persona física o jurídica, y el funcionario público. Ambos sujetos actúan en la misma situación corrupta de manera complementaria, existiendo dos conductas independientes interrelacionadas, en la que ninguno participa de manera directa en la realización comisiva u omisiva del otro, es decir, uno solicita y el otro acepta, o bien uno entrega y el otro recibe. De ahí la antigua clasificación doctrinal de los sobornos como delito bipolar.<sup>306</sup>

El delito de cohecho se consideró, de antaño, como un tipo pluripersonal de participación necesaria,<sup>307</sup> ya que es posible y necesaria la participación delictiva de personas distintas respecto al autor principal. Tradicionalmente, la jurisprudencia conceptuó el delito de cohecho como una forma de participación del funcionario y del particular y ambos convergían en la obtención de un resultado, de modo que se consideraba el tipo como un delito bilateral de convergencia,<sup>308</sup> siendo el hecho delictivo único con independencia de todas las formas de cohecho. Semejante interpretación se mantuvo también hasta la entrada en vigor del CP de 1995. En la actualidad, por el contrario, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que los delitos de funcionario y particular son autónomos<sup>309</sup> y protegen intereses distintos, ya que se castiga en tipos distintos el soborno del particular y el del funcionario público. La Sala 2ª del TS destacó así su carácter unilateral, por cuanto el CP “*contempla dos*

---

<sup>306</sup> MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra la Administración Pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.); ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2005, pp. 566 a 568

<sup>307</sup> STS 485/1994 de 2 de febrero 1994, ROJ 485/1994

<sup>308</sup> STS 2976/1992 de 3 diciembre, ROJ 1993/9383

<sup>309</sup> A propósito del delito de cohecho, estimando que el cohecho activo y el pasivo son delitos autónomos, se pronunciaron VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 236, y también RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, Op. Cit., p. 91

*figuras distintas de cohecho, uno el activo y otro el pasivo, ambas de carácter unisubjetivo, de modo que cada grupo responde de su propio delito, es decir, el cohecho activo o el pasivo, sin que le sean aplicables las reglas de la coparticipación criminal, ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición-solicitud, sin que sea exigible un pactum sceleris,"*<sup>310</sup> o un convenio corruptor.

Es la doctrina penal y la jurisprudencia posterior, no el legislador de 1995, quien la ha creado, la que ha aceptado esta distinción denominativa de cohecho activo y cohecho pasivo. Cohecho pasivo implica los supuestos en que el sujeto activo del delito es un funcionario público, mientras que el cohecho activo engloba todas las conductas que realiza el sujeto activo en calidad de particular. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, sin embargo, recoge únicamente la penalidad de la corrupción activa. Al penar este delito de soborno cometido en el seno transnacional y abarcar la forma comisiva, cabe plantearse si no sería posible la admisión del soborno pasivo, dado que la iniciativa corrupta en los delitos del art. 286 ter puede venir promovida por el funcionario público, siendo los particulares los que *atendieran sus solicitudes al respecto*. El cohecho cometido con funcionarios públicos españoles es punible en cualquiera de sus formas, activa y pasiva, mas no ocurre lo mismo con los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en las que solo es punible el cohecho cometido por particular, luego debe considerarse que es un delito autónomo. Las cuestiones de índole procesal no amparan el *ius puniendi* español para castigar a funcionarios públicos extranjeros conforme a sus conductas, en razón a sus funciones públicas ni a algunos de los bienes jurídicos lesionados.<sup>311</sup> Los funcionarios públicos españoles tampoco podrán ser

---

<sup>310</sup> STS 512/1994 de 9 marzo, ROJ 1994/1832

<sup>311</sup> En este sentido también se ha pronunciado y ha explicado SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., p. 214, "Podrían darse casos, no obstante, en los que el soborno a un funcionario público de otro Estado se llevara a cabo en territorio español. Pero aun en estos supuestos seguirían planteándose un sinfín de problemas. Así, si tal sujeto se desplazara a su país después de haber aceptado el pago indebido, sería difícil conseguir su extradición a España para juzgarlo por el delito cometido en España, pues, en primer lugar la institución de la extradición rige desde antiguo la no entrega de nacionales".

castigados conforme al art. 286 ter, pero en cambio, sí podrán penarse sus conductas si encajasen dentro de otros delitos contra la Administración Pública.

El soborno transnacional se puede calificar como un delito autónomo,<sup>312</sup> porque solo se contempla la corrupción activa de forma autónoma, dejando impune la conducta del funcionario público conforme al art. 286 ter. No existe bilateralidad en el castigo de las conductas del particular y del funcionario respecto a este injusto y no es atribuible a estos delitos la característica de la participación necesaria, pues no se desprende del tipo que la intención del legislador fuera penar al funcionario como cooperador o partícipe.

La intervención del funcionario público para que los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se consuman es, sin duda, imprescindible, aunque la falta de tipificación de su castigo expreso y la previsión de que pueda ser el funcionario público el que tome la iniciativa y el particular el que acepte dicha proposición corrupta, complican la determinación de la naturaleza jurídica y los cánones que se aplican a los restantes delitos de cohecho del CP.

La caracterización más acertada de estos delitos, dada su regulación actual, es la de que son delitos autónomos con la particularidad de que convergen dos conductas que se complementan entre sí para obtener el resultado delictivo y agotar el delito. La conducta de cada sujeto se valorará de forma separada para la imposición de la correspondiente pena, castigando al particular por el mero

---

<sup>312</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Breve Reflexión sobre la modalidad de cohecho activo en las actividades económicas internacionales (art.286 ter)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Op. Cit, p. 1170; y también FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 87, matiza que aún tratándose de delitos autónomos, no es imprescindible que la conductas del corrupto y corrompido se hallen relacionadas por estrechos vínculos de orden fenomenológico, porque ni el Código exige que se perfeccionen las prestaciones mutuas, ni tampoco impone el dolo de ambas partes. Para que se cumplan los tipos respectivos, basta con que la responsabilidad se impute a una sola de las partes.

intento de corromper al funcionario y debiendo acudir a otros tipos de soborno regulados en otras partes del CP para castigar al funcionario público español. Ambas conductas confluyen y contribuyen a que se consiga la ventaja competitiva e indebida en el mercado internacional, sin perjuicio de la modalidad intentada del particular, que equivale a la consumación del delito. De ahí que pueda afirmarse que es un delito autónomo pero de convergencia, cuando las conductas de ambos sujetos alcanzan las finalidades específicas de obtener un negocio o ventaja en el tráfico económico internacional y logran alcanzar la fase de agotamiento del delito.

#### *b.1.2. Personas físicas*

Según se desprende del texto literal del precepto, el sujeto activo de esta modalidad de corrupción internacional podrá ser cualquier persona. Es un delito común, pero tras su incorporación al CP se cuestionó la posibilidad de incluir a los funcionarios públicos nacionales o extranjeros dentro del elenco de sujetos activos del delito, pues el precepto sin distinción a la cualidad y condición de los sujetos dice, “*los que*”.<sup>313</sup> Resulta evidente que en ese caso el bien jurídico protegido se equipararía claramente al de los delitos de cohecho nacionales, siendo la lesión a la Administración Pública nacional o extranjera el objeto de lesión primordial, aunque pudiéndose a la vez conculcar de forma secundaria el correcto funcionamiento del tráfico económico internacional y del orden socioeconómico. El planteamiento de la incriminación de los funcionarios públicos como sujetos activos no fue descabellado; recuérdese que la ubicación inicial de estos delitos en el CP se situó en el Título relativo a los delitos contra la

---

<sup>313</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal: Parte Especial*. Op. Cit., p. 311, “(…) el art. 445 es un supuesto de cohecho activo, con descripción de conductas similares a las del art. 423 al que se remite, con la doble especialidad de la autoridad o funcionario a que se refieren y de la específica finalidad perseguida (...)”.

Administración Pública, que contenía múltiples delitos especiales cometidos por funcionarios públicos. Desde un punto de vista práctico y con atención a los requisitos de perseguibilidad, este planteamiento de que los funcionarios públicos pudieran ser los sujetos activos del soborno transnacional era extraño y enrevesado, en concreto, si se trataba de un funcionario público español, pues sería dudoso que el gobierno que acometió la tipificación de estos delitos quisiera incriminar a los funcionarios públicos españoles por sus actuaciones relacionadas con altos intereses de política internacional. En ese supuesto y de cara al enjuiciamiento podrían aplicarse una serie de prerrogativas basadas en el principio de oportunidad<sup>314</sup> de la acusación del Ministerio Público y, probablemente, se apelaría a la discrecionalidad<sup>315</sup> habida en determinadas

---

<sup>314</sup> Los preceptos constitucionales como los regulados en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Ley 50/1981 de 30 de diciembre, no determinan de forma expresa una dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal respecto del Poder ejecutivo, pero lo cierto es que los miembros de la carrera fiscal pueden recibir órdenes o instrucciones vinculantes al Fiscal General del Estado (art.8.1 y 2 y art.25 EOMF), sin perjuicio de la elección del Fiscal General del Estado a propuesta del Gobierno (art. 125CE). No existe una dependencia funcional del Ministerio Fiscal respecto del Poder ejecutivo, pero sí que convive una dependencia orgánica, debido a los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Esto implica una estructura piramidal, culminada por la Fiscalía General del Estado. (arts. 2.1; 6;7 y 22.1 EOMF); MORENO CATENA,V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ,V., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, el principio de oportunidad implica, la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado, pp. 173 y 174

<sup>315</sup> La discrecionalidad aplicada principalmente en el ámbito del Derecho Administrativo, sin perjuicio de que su incidencia se extienda también a otras parcelas del Derecho, ha sido definido por STS 12 diciembre 2000, ROJ 9097/2000, como *“una figura cuyos perfiles teóricos no son claros, como lo demuestran los enormes esfuerzos doctrinales que se le vienen dedicando, y la preocupación de los últimos estudios por diversificarla en una amplia tipología y no reconducirla a un único modelo”*. En las actuaciones discrecionales, la ley por lo general no regula las condiciones de ejercicio de la potestad, suele ser la apreciación de la propia Administración conforme a criterios de oportunidad la que legaliza y justifica dichas actuaciones. En este sentido se distinguen los actos reglados de los actos discrecionales, porque éstos últimos implican una facultad de opción entre dos o más soluciones igualmente válidas, según la ley. Como dice también la STS 20 octubre 1997, ROJ 6197/1997, *“existen situaciones en que son posibles varias soluciones de índole sustancialmente igual en cuanto a la justicia y procedencia de las mismas y claro es, que en uno de estos supuestos la decisión administrativa no puede ser sustituida por la judicial”*. Así también se pronuncia la STS 255/1989 de 28 febrero 1989, ROJ 1458/1989, que, *“la discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley (que le proporciona cobertura) y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discrecionales está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, y*

decisiones públicas como causa excluyente de la antijuridicidad.

No obstante lo anterior, no parece ésta la idea legislativa que protagonizó la incorporación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en el CP, porque la primordial finalidad del Convenio de la OCDE es la represión de la corrupción activa a nivel internacional en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales y el soborno a los agentes públicos extranjeros. El Convenio de la OCDE pretende sancionar la conducta del particular. Y ello, tal vez argumentado, porque los Tribunales españoles, por regla general, no serían competentes para castigar los comportamientos realizados por los funcionarios públicos extranjeros en el ejercicio de su cargo y contrarios a las obligaciones asumidas en relación especial de sujeción a la Administración Pública extranjera de la que dependen.<sup>316</sup>

La exclusiva dirección punitiva del art. 286 ter dirige a seleccionarlo como delito común y cometido por particular. Por tanto, se convierte en atípica la conducta del funcionario o autoridad extranjera o de organizaciones internacionales que se deje corromper, o incluso que solicita él la dádiva<sup>317</sup> conforme al precepto aludido.

El sujeto activo de estos delitos, según la configuración que ha dado el

---

*para ello, esta jurisdicción, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve así como también sobre su uso proporcional y racional”.*

<sup>316</sup> Debate parlamentario; Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. VI Legislatura. Año 1999. N° 277. Sesión Plenaria núm. 267 celebrada 25 noviembre de 1999, (téngase en cuenta que antes de la reforma de la LO 1/2015 los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales sólo podían cometerse con un funcionario público extranjero, no cabía la posibilidad de que el funcionario público fuese de la UE o nacional)

<sup>317</sup> MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Administración Pública”, en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal Español, Parte Especial*, Op, Cit., p. 936



legislador, debe constituirlo una persona física o jurídica que cometa la acción típica, corrompiendo, intentando corromper a un funcionario público nacional, de la UE o extranjero, o atendiendo a las solicitudes de estos últimos al respecto. También podrá ser sujeto activo cualquier persona, ya sea funcionario público o autoridad, que actúe fuera del ámbito del ejercicio de sus funciones y lo haga en su esfera privada y personal, sin consideración al ejercicio de la función pública.

### *b.1.3. Personas jurídicas*

Con anterioridad a las reformas legislativas de la LO 5/2010 y la LO 1/2015, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales únicamente podía ser cometido por personas físicas, relegándose la pena, si intervenía una persona jurídica, a la imposición de la fórmula genérica de las consecuencias accesorias para el supuesto en que el culpable perteneciera a una sociedad, organización o asociación. Sin embargo, las consecuencias previstas internacionalmente para el delito de corrupción citado, debían constituir verdaderas medidas a adoptar respecto de personas jurídicas involucradas en la comisión de infracciones penales. La introducción por LO 15/2003 de la posibilidad de aplicar esas consecuencias accesorias en el tipo cubrió parcialmente la laguna en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en tales delitos. El Convenio de la OCDE estipuló que en caso de que, según el ordenamiento jurídico de algún Estado miembro, la responsabilidad penal no fuera aplicable a las personas jurídicas, entonces dicho Estado debería velar por que las sanciones a las personas jurídicas que cometieran estos delitos de corrupción con agente público extranjero fueran eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluso de carácter no penal, incluyendo las sanciones pecuniarias.<sup>318</sup> Así, en el CP solo se regulaba la responsabilidad penal directa de las personas

---

<sup>318</sup> Art. 3 del Convenio de la OCDE

jurídicas a través del antiguo art. 31,<sup>319</sup> que culpaba a los administradores de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica. Por este motivo, entre otros, se demandó una reforma legislativa que introdujera la imputación directa a las personas jurídicas como sujetos penales y en relación a los delitos relacionados con la corrupción, el orden socioeconómico y el crimen organizado. La criminalidad económica y las estructuras empresariales organizadas suelen ser los sujetos que siempre se hallan envueltos en la comisión de delitos de corrupción transnacional.

Actualmente está prevista la posibilidad de que el sujeto activo en el soborno transnacional sea una persona jurídica. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español no se incorporó hasta la reforma de la LO 5/2010, la cual supuso un cambio de paradigma en lo referente al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, habiendo sido objeto de múltiples discusiones doctrinales.<sup>320</sup> La introducción de la responsabilidad penal

---

<sup>319</sup> Dicho art. también ha sido objeto de reforma mediante LO 1/2015, art. 31 del CP: *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”*

<sup>320</sup> Algunos autores afirmaron que los preceptos del CP, art. 31 *“actuar en nombre de otro”* y el art. 129 relativo a las consecuencias accesorias, ya configuraban un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *“Art. 31”*, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al CP*, tomo III, Eds. de Derecho Unidas Edersa, Madrid, 2000, consideró que el art. 31 no guarda ninguna relación, en absoluto, con el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, es más, un Derecho penal que admitiera plenamente la responsabilidad de las personas jurídicas debería contener, de todos modos, una previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro, p. 416. Respecto de las consecuencias del art. 129, si bien su naturaleza jurídica suscitó en su momento muchas opiniones dispares, la mayoría de la doctrina rechazaba considerarlas como auténticas penas en el sentido de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en este sentido sobre las distintas concepciones aludidas, GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del CP*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 80 y ss. Luego, con la introducción del art. 31.2 del CP por la LO 15/ 2003 (hoy derogado), se planteó también la posibilidad de que tal precepto recogiera una auténtica responsabilidad criminal de las personas jurídicas, pues, como rezaba textualmente la exposición de motivos de dicha Ley, parte II, l.: *“se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Otro sector doctrinal ya se había posicionado con anterioridad a la reforma, sobre la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, ALCÁCER GUIRAO, R., *“Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del CP”*, en MIR PUIG, S. y CORCOY

de las personas jurídicas en el CP se efectuó en exclusividad para las personas jurídicas de derecho privado.<sup>321</sup> De un modelo basado en el principio *societas delinquere non potest* se pasó a otro a partir de un modelo mixto de imputación, asumiéndose la responsabilidad penal de entidades con personalidad jurídica y, por consiguiente, la posibilidad de imponerles sanciones penales. El criterio elegido por la reforma para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas es doble, en el sentido de que las personas jurídicas podrán ser consideradas penalmente responsables de cualquiera de los delitos señalados o a efectos de la imposición de multa proporcional, y podrán a su vez ser condenadas penalmente como autoras del delito, cuando alguno de sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho haya cometido un delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica, siempre que en el desarrollo de la actividad social, por cuenta y en provecho de la persona jurídica, el delito haya sido cometido por un empleado. La limitación a esta responsabilidad penal devendrá cuando el hecho punible hubiera tenido lugar a pesar de haberse ejercido el debido control interno. Ese sistema de control y limitación de la responsabilidad penal ha sido objeto de modificación con la última reforma penal de la LO 1/2015, la cual ha desarrollado el criterio de limitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basándose en los requisitos que deben cumplir las empresas en materia de implantación y aplicación del sistema de *Corporate Compliance*. En virtud del art. 31 bis, introducido por LO 5/2010, se tipificó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pudiendo ser los sujetos activos en las transacciones comerciales internacionales si cometían estos delitos de corrupción en nombre o por cuenta de las mismas, en su provecho, o por sus representantes

---

BIDASOLO, M. (dirs.); GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007, pp. 113 y 114

<sup>321</sup> Salvo la excepción de la nueva reforma mediante LO 1/2015 del art. 31.2º quinquies del CP: “en el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

legales y administradores de hecho o de derecho. Así las cosas, serán penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, aquellas personas jurídicas dentro de las cuales determinados sujetos que estuvieran sometidos a la autoridad de las personas físicas en el seno de la empresa, realizasen los hechos delictivos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, y una vez atendidas las circunstancias del caso.

Esta última reforma penal no facilitó tampoco una definición de la persona jurídica privada penalmente responsable, en su caso, teniendo en cuenta la enunciación de personas jurídicas del art. 297 del CP, y entendiéndose por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado. La enumeración contenida en el mencionado precepto hizo referencia, fundamentalmente, a las sociedades de naturaleza mercantil y en su mayor parte su aplicación se circunscribe a los delitos societarios.<sup>322</sup> Se debería buscar un concepto de persona jurídica más amplio en la legislación civil y mercantil, en concreto, el art. 35 del Código Civil: corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley<sup>323</sup>. Por su parte, la reforma mediante LO 1/2015 no mejoró el panorama en cuanto a la definición de personas jurídicas privadas, ya que las modificaciones legislativas introducidas desde el art. 31 bis al art. 31 quinquies parecen estar únicamente orientadas a determinar, delimitar, atenuar y excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin

---

<sup>322</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011, relativa a *La responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 5/2010*, pp. 14 y 15; [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2012\\_vol1\\_circu\\_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f) (19/09/2015)

<sup>323</sup> Art. 35 del CC: “Son personas jurídicas: 1º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.”

existir aún una significación unánime y clara del término a efectos penales.

Las personas jurídicas penalmente responsables que cometan los delitos del art. 286 ter deben ostentar, por lo general, la nacionalidad española, desprendiéndose así de otras parcelas del ordenamiento jurídico; la incompatibilidad material desde un punto de vista del Derecho Civil, Mercantil y del Derecho Procesal impediría que se sancionasen penalmente sociedades extranjeras,<sup>324</sup> salvo las sociedades de capital penalmente responsables que tuvieran un domicilio en territorio español y cometiesen los hechos delictivos en España.<sup>325</sup> Todo ello sin perjuicio de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo para los supuestos, que bajo la forma de una sociedad extranjera de fachada, utilizada para dificultar la investigación del delito, encubriera a la posible y verdadera autora, una mercantil española.<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> Art.9.11º Código Civil: *“La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales.”* Y el art. 23 de la LOPJ

<sup>325</sup> Art. 23.4 n) de la LOPJ, y el art. 9.11 del CC, y los arts. 8, 9 y 11 de la LSC

<sup>326</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011, relativa a *La responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 5/2010*: *“En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 274/96 acudió a la doctrina del levantamiento del velo para imputar un delito tributario a una persona física que no era el obligado formal, pero que desde una perspectiva fáctica se había servido de la personalidad jurídica, abusando de ella para eludir sus obligaciones y ocultar su condición de administrador de hecho. La resolución destacaba que “ni el régimen de transparencia fiscal ni ningún otro instituto fiscal o mercantil impiden a los tribunales penales levantar el velo societario para tener conocimiento de la realidad económica subyacente”. Según la misma resolución, al aplicar la doctrina del levantamiento del velo se trata únicamente de reconocer que “las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad”(…); “Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo número 952/2006, de 10 de octubre, autoriza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como plenamente procedente a la vista de que, en el caso concreto, la sociedad era simple apariencia o pantalla, y con más razón en un área o rama jurídica como el Derecho punitivo en el que rige el principio de averiguación de la verdad material. En similares términos, la Sentencia número 986/2005, de 21 de julio del mismo Tribunal, declara aplicable la doctrina sobre el levantamiento del velo en la medida en que proscribía la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado, si con ello se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros por medio de la utilización como escudo del ente social ficticio como algo pretendidamente distinto de sus elementos personales constitutivos (...).”*, pp. 17 y 18;

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2012\\_vol1\\_circu\\_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f) (19/09/2015)

En el elenco de las personas jurídicas que pueden ser sujetos responsables a efectos penales, se excluye al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas, o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.<sup>327</sup> Luego dichas entidades carecen por lo general de responsabilidad penal.<sup>328</sup> Este repertorio engloba también a las Agencias Estatales, los Organismos Autónomos y las Corporaciones de Derecho Público. El régimen general de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas<sup>329</sup> será exigido por los órganos jurisdiccionales del ámbito penal, cuando se apreciara que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el único propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Ello resulta muy interesante para los delitos aquí enjuiciados, ya que la influencia y participación pública indirecta en la comisión de delitos de corrupción internacional a través de personas jurídicas creadas *ad hoc* para cometer fraude, no queda impune.

La posibilidad de incriminar a las sociedades mercantiles públicas dentro del régimen general de responsabilidad penal representaba una necesidad aclamada con carácter general por parte del poder judicial y de la doctrina penal.

---

<sup>327</sup> Apartado 5º del art. 31 bis del CP, introducido por LO 7/2012 de 27 de diciembre

<sup>328</sup> A las sociedades mercantiles estatales solo se les podrán imponer las penas del art. 33 a) y g), según el art. 31quinquies. Lo que viene a justificar que resultaría ilógico que el Estado ejerciese la potestad punitiva sobre sí mismo o sobre los organismos mediante los cuales ejerce otras potestades, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 681

<sup>329</sup> Entiéndase por tales sociedades, aquéllas en las que la participación pública en su capital social es superior al cincuenta por ciento, de acuerdo con lo previsto para las sociedades mercantiles estatales en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas (art. 166.1.c LPAAPP). La responsabilidad, sin embargo, no será total, puesto que se limita (salvo que la forma jurídica haya sido creada para eludir la responsabilidad penal individual) a las penas de multa e intervención para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores.

La casuística actual demuestra el carácter societario tan enrevesado de algunas entidades semipúblicas que cometen defraudaciones y actos corruptos, y merecen que se les exija responsabilidad penal como persona jurídica, en caso de incurrir en fraude de ley respecto a la forma jurídica que adquieren y el resultado que persiguen. QUINTERO OLIVARES defendió la rotunda necesidad a dicha reforma, porque con retrospección a la situación anterior, ésta generaba una de las más clamorosas puertas abiertas a la corrupción y a la impunidad, sin entrar en la inaceptable desigualdad de trato respecto de las sociedades mercantiles privadas, que producía la impunidad de las sociedades públicas.<sup>330</sup>

Sería recomendable que dentro de la caracterización penal de las entidades societarias excluidas o incluidas se matice si éstas ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general.<sup>331</sup> Así también, la LO 7/2012 incluyó de forma expresa la posibilidad de incriminar penalmente y exigir responsabilidad penal a los partidos políticos y a los sindicatos, incluyéndolos de esta forma dentro del régimen general responsabilidad penal para las personas jurídicas.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *La responsabilidad penal de los Partidos como personas jurídicas*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 859, 2013, p. 8

<sup>331</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011, pp. 20 a 23

<sup>332</sup> Exposición de Motivos II de la LO 7/2012: *En primer lugar, se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el*

*Apartado 5 del art. 31 bis del CP. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos".*

## b.2. Funcionario público

El funcionario público es un indispensable elemento del tipo, porque sin su anuencia y concurrencia no puede existir acuerdo corrupto para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales. El sujeto activo no puede llevar a cabo la conducta típica sin la intermediación del funcionario público, si bien éste no ostenta la posición ni de sujeto activo ni de de sujeto pasivo, ya que en los delitos del art. 286 ter tan solo se castiga el soborno solicitado o aceptado por el particular.

El art. 286 ter alude a una autoridad y funcionario en su apartado 1º, y en su apartado 2º remite a los arts. 24 y 427 del CP para obtener la definición de funcionario público a los efectos de este injusto. Ello supone que se introduce una nueva variante a la LO 1/2015, respecto a la anterior regulación, pues se incluye a los funcionarios públicos españoles, de la UE, extranjeros y de organizaciones internacionales.

### *b.2.1 Funcionario público español*

Resulta muy costoso hallar una interpretación uniforme del concepto de funcionario público en todas las materias jurídicas, dado que por sí sólo ya justificaría una tesis doctoral.

La doctrina y jurisprudencia han aunado criterios para afirmar la independencia del concepto penal de funcionario público frente a diversos conceptos que sobre el mismo se manejan en otras ramas del Ordenamiento Jurídico, especialmente en el Derecho administrativo. El motivo por el cual la



noción penal es más amplia que la suministrada en el campo administrativo viene estando justificado en base a que el Derecho penal dispensa protección a la función pública más allá del campo estrictamente administrativo,<sup>333</sup> y presentando unos contornos o perfiles más amplios respecto a éste.<sup>334</sup> Dicha postura resultó cuestionada con relación a las menciones del CP relativas a la *disposición inmediata de la ley y nombramiento*.<sup>335</sup> Existen supuestos donde el Derecho penal deberá acudir al Derecho administrativo para completar un vacío legal a efectos interpretativos, y en ese supuesto equivaldría a una remisión a la legislación administrativa de la regulación de la función pública.<sup>336</sup> No obstante, la diferenciación entre la concepción administrativa y la penal del funcionario público reside esencialmente en que lo que caracteriza al funcionario administrativo es su incorporación a la Administración en régimen de Derecho público y de manera permanente, voluntaria y profesional.<sup>337</sup> Por el contrario, la noción penal se construye en torno a la efectiva participación del ejercicio de las funciones públicas,<sup>338</sup> sin que se precise la incorporación del sujeto a la organización administrativa, ni tampoco una vinculación de carácter permanente

---

<sup>333</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op.Cit., p. 55

<sup>334</sup> Así unánimemente la doctrina y jurisprudencia penal. Vid. entre otras: STS 1122/2007 de 10 de diciembre, ROJ 2007/9120; STS 663/2005 de 23 de mayo, ROJ 2005/7339; STS 37/2003 de 22 de enero, ROJ 2003/1067. A nivel doctrinal, MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid 1996, p. 312; OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., pp. 169 a 173

<sup>335</sup> MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, N.E.J., XVII, Barcelona, 1982, p. 347; [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2009-10035700424](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2009-10035700424) ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Sobre el bien o bienes jur%EDdicos protegidos en los denominados delitos contra la Administraci%F3n p %FAblica (17/12/2014)

<sup>336</sup> Ley 15/2014 de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Esta Ley realiza una modificación de la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en materia de funcionarios interinos

<sup>337</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Op. Cit., p. 87; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo I*, 2.ª edición, Ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 651 y ss.

<sup>338</sup> DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M. y OLAIZOLA NOGALES, I., "La responsabilidad penal de los funcionarios", *Auditoría pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, nº 6, 1996, p. 40

y profesional.<sup>339</sup>

El primer CP español que proporcionó un concepto de funcionario público fue el de 1848. En la actualidad, el concepto de funcionario público español se halla regulado en el art. 24 de la Parte General del CP. El precepto no ha sido objeto de ninguna modificación legislativa en el Código, disponiendo que, *“a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”*

El término funcionario público está compuesto por una serie características merecedoras de atención. En primer lugar, para poder hablar de funcionario público como tal y desde una perspectiva jurídico-penal, es preciso que se haya producido una incorporación efectiva de la persona de que se trate a la actividad pública, sea por disposición inmediata de la Ley, sea por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque el CP en ocasiones asimila a la condición de funcionario al particular; son estas situaciones excepcionales en las que el particular realiza ciertas funciones de carácter público. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, señalando que tendrán la consideración de funcionarios todas las personas que presten servicios a entidades y organismos públicos, si bien no se agota en este criterio la atribución del concepto de funcionario, en cuanto puede venir también determinado por el hecho de actuar sometido a la actividad de control del derecho administrativo.<sup>340</sup>

---

<sup>339</sup> MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Op. Cit., p. 24

<sup>340</sup> STS 2607/1993 de 22 noviembre, ROJ 1993/8707

Y en segundo lugar, el denominado funcionario de hecho es aquel que desempeña funciones públicas careciendo de alguno de los requisitos esenciales para ello, pero será considerado funcionario a efectos penales si participa en el ejercicio de funciones públicas, aunque no sea funcionario de carrera.

Con referencia al término autoridad, éste puede caracterizarse por las notas de tener mando o ejercer jurisdicción propia. El mando debe poseerlo una autoridad pública, que si ejerce jurisdicción propia supondrá entonces que ostenta una capacidad de resolución o decisión, ya sea en asuntos de carácter judicial o administrativo. Bajo el término autoridad no debe incluirse a los agentes de la autoridad que, en muchas ocasiones y aun teniendo la consideración de funcionarios públicos, en la medida en que participen en el ejercicio de funciones públicas en virtud de alguno de los títulos expresados "*por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de la autoridad competente*", no tendrán necesariamente los atributos de mando y jurisdicción propia que se requieren en el ámbito penal para los delitos analizados. La autoridad es una subespecie del funcionario público penal.

Por función pública se entiende, tanto en un marco nacional como internacional, el cargo proyectado al interés colectivo o social, al bien común y toda la ocupación realizada por órganos estatales o paraestatales. El ejercicio de la función pública a efectos penales precisa la concurrencia de tres elementos: uno subjetivo, ya que la función pública es la actividad realizada por un ente público; otro objetivo, pues la función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público; y por último el teleológico, puesto que la función pública persigue fines públicos.<sup>341</sup>

Cierto es que no se incluyen en el CP las denominadas personas del medio

---

<sup>341</sup> VIVES ANTÓN, T. S., *Detenciones ilegales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pp. 51 y 52

político o personas políticamente expuestas, de acuerdo a lo indicado en la Directiva 2006/70/CE: las personas del medio político, y los procedimientos técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la expresión, y ello por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.<sup>342</sup> Los miembros de partidos políticos no aparecen reflejados de forma nominativa como tales, ni tampoco los aspirantes a un cargo público. Los aspirantes a un cargo público que cometan actos corruptos sin ejercer aún función pública alguna o cuenten solo con la promesa de ascender al cargo público, deberán ser enjuiciados conforme a otros tipos de corrupción privada. Esos aspirantes únicamente pueden dañar a la Administración Pública a la que vayan a pertenecer, cuando efectivamente formen parte de la misma, y será solo entonces cuando el resultado se haya consumado, consiguiendo o conservando un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, y ello haya tenido lugar por haber alcanzado la cualidad de funcionario público, pero no antes.

---

<sup>342</sup> BENITO SÁNCHEZ, D., Op. Cit., refiriéndose la autora en apoyo de esta postura frente a la laguna en la definición de funcionario público extranjero a instrumentos legislativos internacionales: “a efectos del art. 3, apartado 8, de la Directiva 2005/60/CE, se entenderá por personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes: a) Jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros, subsecretarios o secretarios de Estado; b) parlamentarios; c) miembros de tribunales supremos, tribunales constitucionales u otras altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recurso, salvo en circunstancias excepcionales; d) miembros de tribunales de cuentas o de los consejos de bancos centrales; e) embajadores, encargados de negocios y altos funcionarios de las fuerzas armadas; f) miembros de los órganos administrativos, de gestión o de supervisión de empresas de propiedad estatal. Ninguna de las categorías establecidas en las letras a) a e) del párrafo primero comprenderán, en su caso cargos desempeñados a escala comunitaria e internacional (...)”, p. 207

### *b.2.2 Funcionario público extranjero*

Hasta la reforma de la LO 5/2010 no existió una definición de funcionario público extranjero en la legislación penal española, sin embargo el delito de corrupción con agentes públicos extranjeros llevaba vigente en el CP desde su incorporación a través de la LO 3/2000, lo cual provocó una laguna legislativa de esta figura.

Ni el CP ni el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales habían recogido hasta entonces una definición de funcionario público extranjero, y tal fue la situación de confusión tras la introducción de estos delitos en el CP que regulaban solo el cohecho con un agente público extranjero, que debía aplicarse el campo interpretativo del art. 24 al antiguo art. 445<sup>343</sup> y 445 bis.<sup>344</sup> La cualidad de funcionario público podía remitirse a todas las figuras delictivas contenidas en el Título XIX de los delitos contra la Administración Pública, si bien extendiéndose de forma tácita a la vertiente internacional. La caracterización del funcionario público español debía servir de complemento a la vertiente internacional, concretamente, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o miembros de organizaciones internacionales que ejerzan funciones públicas. Esta laguna legislativa fue objeto de numerosas críticas, pues obligó a tener que acudir al Convenio de la OCDE para interpretar la figura de un agente público extranjero. Hasta entonces, quedaba relegada a los tribunales la definición de funcionario público extranjero, a la vista de que la caracterización se remitía a los convenios internacionales válidamente ratificados por España, sirviendo así de base para la sanción penal de las conductas mencionadas.

La inclusión del legislador en el año 2000<sup>345</sup> de este tipo de delito en el CP,

---

<sup>343</sup> Art. 445 introducido por la reforma de la LO 3/2000

<sup>344</sup> Art. 445 bis introducido por la LO 15/2003

<sup>345</sup> LO 3/2000 de reforma del CP

dentro del Título XIX de los delitos contra la Administración Pública, tal vez fuera intencionada en cuanto a la similitud estructural con el cohecho activo, respecto de cómo lo reguló, ya que podría haberse limitado a transcribir de forma literal el contenido del art. 1.1 del Convenio de la OCDE,<sup>346</sup> incluyendo la definición de funcionario público extranjero, pero no lo hizo, únicamente lo mencionó, sin mayor especificación, que el soborno se cometería corrompiendo a un funcionario público extranjero. Las críticas doctrinales a la falta de regulación de una definición de funcionario público extranjero fueron múltiples, y con razón. Entre otras, se apuntó que el concepto autónomo que propugnó el Convenio daba lugar a situaciones en las que los funcionarios públicos extranjeros, que se encuadraban dentro de esa terminología y ostentaban dicha cualidad, pudieran ser considerados como tales aunque no lo fueran según su Derecho interno.<sup>347</sup> Se extralimitaba la punibilidad a conductas que en el ordenamiento jurídico español podían ser atípicas, con el simple apoyo de la remisión a un tratado internacional. Más tarde y en este contexto, como criterio interpretativo se aplicó lo dispuesto por el Convenio de la OCDE sobre el agente público extranjero, pudiendo ser *“cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública”*.<sup>348</sup> Cabía incluir además, dentro del concepto de funcionario público extranjero, todos los niveles y subdivisiones de la administración, tanto del nivel nacional como del nivel local. Ello alcanzaría también a los jueces y magistrados de un Estado extranjero, a los miembros de

---

<sup>346</sup> Art. 1.1. Convenio de la OCDE: *“Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.”*

<sup>347</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el comercio internacional*, Op. Cit., pp. 14 y 15

<sup>348</sup> Art. 1.4. del Convenio de la OCDE

parlamentos extranjeros, militares extranjeros, y otros muchos más. Tal apreciación guardó además cierta similitud con lo dispuesto en el antiguo art. 422 del CP,<sup>349</sup> *“lo dispuesto en los arts. precedentes”* relativos a figuras delictivas del delito de cohecho pasivo, *“será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública”*. De nuevo, debido a la falta de mención explícita, tuvo que realizarse una interpretación extensiva para colmar las lagunas existentes del antiguo precepto 445. Retomando lo prescrito en el Convenio de la OCDE, se extrajo la equiparación de los funcionarios públicos extranjeros a los funcionarios públicos o agentes de organizaciones internacionales, debiendo ser éstas únicamente de carácter público, como bien recoge el mismo Convenio.<sup>350</sup> Por dicho motivo, se deberían excluir las organizaciones de carácter humanitario o caritativo, ONG. Se exigió asimismo que la persona ejerciese una función pública en el seno de la organización internacional pública, lo que supondría tener que atender a los estatutos de la organización de derecho internacional público a la que pertenece.

A fin de concretar la condición de funcionario público extranjero, se precisó posteriormente, Comentarios al Convenio de la OCDE,<sup>351</sup> que el servidor público podía ser todo aquel que se dedique a alguna de las siguientes encomiendas:

- Ocupe una posición legislativa, administrativa o judicial en un país extranjero, lo que en algunos casos puede significar ser miembros

---

<sup>349</sup> Art.422 anterior a la reforma de la LO 5/2010

<sup>350</sup> Art. 1 del Convenio de la OCDE

<sup>351</sup> OCDE, *Commentaries on the OECD Convention on combating bribery send print commentaries on the Convention on combating bribery of officials in international business transactions*. Adopted by Negotiating Conference on 21 November; <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm> (14/08/2014). En el mismo sentido se pronunció también: 1997 *Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions*. <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C%2897%29123/FINAL&docLanguage=En> (14/08/2014)

de un partido político de ese Estado y que actúen sin estar nombrados, por cuanto tales personas de facto se desenvuelven como funcionarios públicos; en ese sentido, algunos países como Estados Unidos contempla en la FCPA dicho supuesto.

- Ejerce una función pública en un país extranjero, incluyendo toda actividad de interés público, delegada por ese país extranjero, en donde la representación que realice dicho funcionario guarda relación con una contratación pública, como por ejemplo los agregados comerciales o encargados de determinados proyectos o negocios en las misiones diplomáticas.
- Desempeñe una función pública en un país extranjero incluyendo una agencia pública, entendida como una entidad constituida bajo las normas públicas que implica una tarea específica en aras del interés público.
- Realice una función pública en el extranjero, incluyendo una empresa pública sobre la que los gobiernos puedan ejercer cierta influencia en el mando. Este supuesto engloba también las empresas semi-públicas, en cuanto a la participación parcial en el capital social.
- Actúe como agente de una organización pública internacional conformada por estados, gobiernos o cualquier organización internacional, como por ejemplo la Organización Mundial de la Salud.

Por su parte, también en el Convenio de la UE se definieron los términos



de funcionario, diferenciando entre funcionario comunitario y funcionario nacional. Funcionario es todo aquel empleado público comunitario o nacional. Funcionario comunitario es toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado según el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas. También lo será aquel que desempeñe su labor y esté a disposición de las Comunidades Europeas, los Estados miembros o cualquier organismo público o privado, ejerciendo todas las funciones equivalentes a aquellas que evacúen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas. Se asimilarán a los funcionarios comunitarios los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las CCEE, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea de aplicación. Funcionario nacional será el empleado público que quede incluido en el Derecho penal nacional del Estado miembro. Cuando se trate de diligencias judiciales en las que estuviera implicado un funcionario de un Estado miembro, y que hayan sido incoadas por otro Estado miembro, este último sólo podrá aplicar la definición de funcionario nacional en la medida en que tal definición sea compatible con su Derecho nacional.<sup>352</sup> En virtud de lo expuesto, el concepto de funcionario extranjero se adecuó, como es lógico, al que se definía en el Derecho nacional de cada Estado, en aplicación a los fines de su propio Derecho penal. Por ello, en asuntos en los que estuviese implicado un funcionario nacional del Estado miembro en el que se incoasen las diligencias, se aplicaría la definición con arreglo al Derecho de aquel Estado.

Asimismo y con posterioridad la UNCAC, se desarrolló el concepto autónomo del funcionario público que participa en el soborno transnacional, aunque se realizó de forma más sintética y concreta que los anteriores textos

---

<sup>352</sup> Art. 1.2 del Convenio de la UE

internacionales. Por funcionario público extranjero se entendió: toda persona que hubiera sido designada o elegida bajo las normas de un país extranjero para un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, incluyéndose también a toda persona que ejerciera un cargo público en organismo, empresa pública u organización internacional.<sup>353</sup> En cambio, no se reguló el hecho de que el soborno de un funcionario público extranjero constituyese un delito bajo la ley interna del país del que fuera nacional, es decir, el cohecho pasivo de un agente público extranjero. En consecuencia, lo que se protegió fue el comercio y las transacciones internacionales, ya que actualmente todavía no está previsto que un estado active mecanismos de persecución penal frente a funcionarios públicos de otro país, pues salvo convenios bilaterales específicos que pudieran existir, vulnerarían la soberanía interna de ese otro estado.

El Grupo de Trabajo de la OCDE<sup>354</sup> criticó la solución legislativa propuesta por España tras la reforma del tipo de la LO 15/2003, por cuanto el CP y en concreto el antiguo art. 445 obligaba tácitamente a tener que remitirse al Convenio de la OCDE para clarificar el concepto de funcionario público

---

<sup>353</sup> Art. 2. de la UNCAC, “definiciones”: “A los efectos de la presente Convención: a) Por «funcionario público» se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público», toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; b) Por «funcionario público extranjero» se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.”

<sup>354</sup> Grupo de Trabajo de la OCDE, Spain. Phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions, 24 de marzo de 2006; <http://www.oecd.org/corruption/> (12/09/2014)

extranjero.<sup>355</sup>

Hasta la reforma, mediante la LO 5/2010, no tuvo lugar la introducción en el CP del concepto de funcionario público extranjero y funcionario público de las CCEE. Ambos términos se regularon de forma separada en preceptos distintos.

Al objeto de dar cumplimiento a todas las necesidades y exigencias de cuño internacional e interno, se introdujo en primer lugar y en el antiguo art. 445, tras la LO 5/2010, la caracterización del funcionario público extranjero, mediante la inclusión de un nuevo párrafo en el precepto<sup>356</sup> de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales:

*“A los efectos de este art. se entiende por funcionario público extranjero:*

- a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.*
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.*
- c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.”*

Ese nuevo contenido del funcionario público extranjero introducido en estos delitos era casi idéntico a aquel que propugnó el Convenio de la OCDE sobre la definición de un agente público extranjero. Esta coincidencia no equivalió del todo a una mejora técnica. A título de ejemplo y según se observó a raíz de la

---

<sup>355</sup> Se acude al Convenio de la OCDE en virtud del art. 96.1 de la Constitución: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”*

<sup>356</sup> Art. 445.3º del CP, redacción anterior a la reforma de la LO 1/2015

Convención Interamericana contra la Corrupción,<sup>357</sup> los funcionarios públicos pueden ser cualquier empleado público que haya sido seleccionado, designado o electo para actividades públicas, aunque aún no hubiese asumido o aceptado el cargo público.<sup>358</sup> Esa fase anterior a la aceptación del cargo público quedaría, por tanto, indemne y resultaría atípica para el soborno transnacional, porque se trataría de un particular que corrompe a otro particular, pudiendo eventualmente encajar en el delito de corrupción privada, pero no en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

La cualidad de funcionario público debía asemejarse al plano internacional de forma global y sin distinción ni limitación al ámbito comunitario, pues el funcionario público comunitario quedó regulado en el párrafo primero del art. 427,<sup>359</sup> destacando que sería considerado funcionario de la UE: toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las CCEE o del Régimen aplicable a otros agentes de la UE; toda persona puesta a disposición de la UE por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de

---

<sup>357</sup> Art. 1.1 Convenio de la OCDE "Funcionario público, Oficial Gubernamental o Servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos."

<sup>358</sup> MANFRONI, C. A. y WERKSMAN, R., *La convención interamericana contra la corrupción*, Op. Cit., pp.31 a 42

<sup>359</sup> Antiguo art. 427.1 del CP introducido por la LO 5/2010: "1. Lo dispuesto en los arts. precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión. A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea: 1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea; 2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea; 3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable. Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro". Este precepto ha sido modificado por LO 1/2015 de reforma del CP.

la UE; los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las CCEE, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las CCEE o el régimen aplicable a otros agentes de la UE no les sea aplicable. Asimismo, se entendería por funcionario nacional de otro Estado miembro de la UE el que poseyera tal condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.

La contenido del actual art. 427, tras la reforma de la LO 1/2015, extendió las definiciones plasmadas respecto de los funcionarios de la UE para los funcionarios públicos extranjeros y agentes de una organización internacional pública, por cuanto que se trata de cualquier persona que ostenta un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la UE o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. En otras palabras, cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la UE o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la UE o para otra organización internacional pública así como cualquier funcionario o agente de la UE o de una organización internacional pública.

En el presente y a efectos del art. 286 ter, se equipara la cualidad de un funcionario público extranjero a la de un funcionario público de las CCEE, debido a la remisión que contiene ese precepto al art. 427 del CP.

El injusto del art. 286 ter puede cometerse con un funcionario público de la UE, con un funcionario de otro país extranjero, o con un agente de una organización internacional pública. La unificación de ambas modalidades de funcionario público que no fuera español, fue la respuesta a las recomendaciones de la OCDE relativas a unificar en un mismo precepto el concepto de funcionario público extranjero y funcionario público de la UE, con el fin de evitar confusión o

exclusión de unos y otros en el delito analizado.<sup>360</sup> Por consiguiente, en el art.427 se contienen todas las definiciones apuntadas hasta ahora con motivo del agente público extranjero, sea éste de la UE o de otro país no miembro de la UE. Ha quedado pues consolidado, y debido a la última reforma de la LO 1/2015 será considerado como funcionario público extranjero:

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.*
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.*
- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.*

Los miembros de partidos políticos y los aspirantes a un cargo público en los delitos analizados pueden calificarse como funcionarios públicos extranjeros, englobando en el concepto a cualquier persona que ostente un cargo público o a cualquier persona que ejerza la función pública.

El legislador ha decidido no incluir en el art. 286 ter la correlativa conducta de corrupción pasiva del funcionario público corrupto que solicita o recibe la contraprestación por su actuación. Es curioso que esta modalidad de cohecho pasivo sí se castigue, en cambio, en los delitos contra la Administración Pública, cuando se trate de funcionarios de la UE o de funcionarios nacionales de otros

---

<sup>360</sup> Informe de Seguimiento de la Fase 3, “Seguimiento del Informe de la Fase 3 y Recomendaciones”, Marzo 2015; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spain-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-EN.pdf> (27/06/2015)

Estados miembros de la Unión, del art. 427.<sup>361</sup> El soborno pasivo en el delito de corrupción internacional no está contemplado, porque el reproche penal para el funcionario público extranjero, en principio, corresponderá al país de origen de dicho funcionario. Desgraciadamente tampoco se exige de forma contundente el cumplimiento del principio de reciprocidad, ya que el Convenio de la OCDE lo deja al arbitrio de cada Estado parte. Sin embargo, en el mismo Convenio se regula la proscripción de la conspiración para delinquir. El delito de cohecho, en cualquiera de sus formas, precisa la actuación de dos personas, el particular y el funcionario público, y en este caso, funcionario público extranjero. Por dicho motivo, es innegable que siempre existirá una confabulación.<sup>362</sup> La conspiración para delinquir, en la que claramente interviene el funcionario público extranjero, tampoco se prevé de forma expresa en el CP.<sup>363</sup>

En términos generales, puede afirmarse que la definición de funcionario público extranjero es más o menos suficiente para la regulación de los tipos penales en los que se aplica, que se reducen actualmente solo a los delitos de cohecho y soborno transnacional. Todo ello sin perjuicio de que la ubicación en el art. 427 de la definición de este concepto no sea la más adecuada, pudiendo haberse incluido en el art. 24. Es un hecho fehaciente que el desarrollo de las prácticas corruptas y los delitos de corrupción internacional se han ido expandiendo de forma incommensurable, a la vez que han ido surgiendo nuevos modos comisivos cada vez más complejos, pero no es causa, en aras de una

---

<sup>361</sup> MIR PUIG, C., *El delito de cohecho en la reforma del CP*, Diario La Ley, nº 7603, Sección Doctrina, 4 de abril de 2011, Año XXXII, Ref. D-148, Ed. La Ley; [\(19/09/2015\)](http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZ_YlI9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKriHz9+fB8/IorZ7LOnb3bo2b1/f3fn4Bde5nVTVMvP9nZ2d3fuyQfF+fXTavrmepV/dp6VTf7/AMMR5mk1AAAAWKE)

<sup>362</sup> Art.1 del Convenio de la OCDE

<sup>363</sup> RAMOS RUBIO, C., *Del delito de cohecho: mano "más" dura "todavía" contra la corrupción nacional e internacional*, arts. 419, 420, 421 422, 423, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 439, 445), en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 337 a 352

mayor seguridad jurídica, para tener que estarse cuestionando continuamente una modificación legislativa y en exceso detallada, ya que, con el paso del tiempo, tal exhaustiva descripción legislativa podría volverse a quedar anticuada u obsoleta.

La especialidad en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales reside en que los funcionarios públicos extranjeros no son verdaderos sujetos cuya inculpación sea exigible conforme a nuestro ordenamiento penal, aunque sí constituyen un elemento imprescindible del tipo del art. 286 ter.

### b.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales sería el titular del bien jurídico protegido, es decir, la comunidad económica internacional y el Estado español. Estos delitos son delitos de víctima difusa, puesto que resulta difícil desligar a los titulares del libre desenvolvimiento del tráfico comercial internacional, así como de la libre competencia del mercado.<sup>364</sup>

Los perjudicados y las víctimas suelen coincidir, si bien estos delitos merecen matices. El sujeto pasivo y el perjudicado son la persona física o jurídica que a consecuencia del delito sufre el correspondiente daño, y aunque en éste se trataría de un daño inmaterial, sería susceptible de valoración económica. El

---

<sup>364</sup> MEMENTO PENAL, Op. Cit., marginal 12109; se afirma que *“el sujeto pasivo solo puede ser la autoridad o funcionario público”*. Esta postura es minoritaria y no guarda relación con la definición del bien jurídico pluriofensivo en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.



sujeto pasivo del delito se corresponde con el titular de la ofensa al bien jurídico, donde el perjudicado es el titular del perjuicio o daño. La consecuencia puede tener repercusión fuera de lo que atañe al titular del bien jurídico. El sujeto pasivo y la víctima, entendida en sentido amplio, comprende tanto al sujeto pasivo como al perjudicado, pero en sentido estricto, la víctima es el sujeto pasivo, el titular del bien jurídico.

La víctima difusa de estos delitos se justifica en el tráfico comercial masivo y característico de la sociedad de consumo, en la que, por encima de los aspectos patrimoniales individuales, los consumidores y ciudadanos tienen unos derechos con un significado social mayor que el puramente patrimonial individual. A este aspecto social alude la CE,<sup>365</sup> obligando a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y usuarios a proteger, entre otros, los intereses económicos. El orden socioeconómico y el tráfico comercial internacional son derechos de difícil conceptualización jurídica, porque no se identifican con los intereses exclusivamente patrimoniales e individuales.<sup>366</sup> Tales delitos, aquí analizados, contemplan una dimensión colectiva del daño y del perjuicio económico, producido a una pluralidad de sujetos pasivos, de los intereses económicos colectivos en el ámbito privado y público.

La víctima en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales es la Comunidad Internacional y la Administración Pública, cuyo funcionamiento correcto, igual, justo, transparente y honesto se ha lesionado.

Los perjudicados en estos delitos son también todas las personas que componen la Comunidad Internacional e intervienen, transaccionan u operan en

---

<sup>365</sup> Art. 51.1 de la CE: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

<sup>366</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, Op. Cit., p. 73

el tráfico comercial, económico e internacional y en el orden socioeconómico. Ello quiere decir que son perjudicados del soborno internacional las personas físicas y jurídicas privadas, las entidades de derecho público que maniobren o participen en el mercado internacional y, en última instancia, los consumidores tanto nacionales como internacionales. De igual modo, también serán perjudicados por el delito los ciudadanos extranjeros, los justiciables que dependan de los servicios y derechos que garantice y preste la Administración Pública, que ha sido corrompida por el funcionario público extranjero.

#### b.4. Objeto material

La definición de lo que constituye el objeto material del delito, en términos generales, no ha sido una cuestión pacífica a lo largo de la tradición jurídica, pues el tratamiento del objeto material se ha elaborado en su mayor parte de forma superficial, pudiendo sintetizarse en la aseveración de que el objeto material es el objeto sobre el que recae la acción del delito.<sup>367</sup>

En los delitos de resultado, como ocurre en las conductas de corrupción aquí analizadas, dicho resultado consiste ante todo en la afectación a un determinado objeto de la acción, lo que no debe confundirse con el bien jurídico

---

<sup>367</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico protegido en el Derecho penal*. Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, n 19, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, aborda su análisis haciendo previamente la siguiente aclaratoria: “el concepto de objeto de ataque ha sustentado radicales oscilaciones de apreciación en el seno de la teoría del delito, apareciendo de hecho configurado en la actualidad con escasa precisión y ausencia de un sentido uniforme (...)”, p. 57, también RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, entiende que el, “(...) objeto de acción, también llamado objeto material, es la persona, objeto material personal o cosa objeto material real sobre la que incide la acción descrita en el tipo (...)”, p. 275

protegido, que tiene una naturaleza ideal e intangible.<sup>368</sup>

En un marco internacional y actual, la casuística suele centrarse la mayoría de las veces en las dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas entregadas u ofrecidas a cargos directivos de empresas privadas, logrando de este modo desviar las adquisiciones de bienes y servicios hacia decisiones poco convenientes para la comunidad de intereses, los que estos agentes administran. La finalidad de tales prácticas fraudulentas consiste en que determinadas empresas privadas puedan competir de una manera desleal en el mercado. Son muchos los casos en que el ofrecimiento, entrega, solicitud o aceptación de cualquier bien, favor o servicio susceptible de valoración económica está dirigido a obtener decisiones gubernamentales favorecedoras o creadoras de determinados beneficios, habitualmente concesiones administrativas que se otorgan de manera arbitraria a un determinado negocio o sector económico del mercado.

El objeto material en los delitos del art. 286 ter es el beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, que se ofrece, promete o concede por el particular a la autoridad o funcionario público. Es precisamente en estos delitos donde el objeto material sobre el que recae la acción reviste una especial importancia, porque es el elemento típico que atribuye identidad a este tipo de corrupción y la transforma en una conducta delictiva, tanto por parte del particular como por parte del funcionario que realiza la contraprestación.

Para una mejor comprensión e interpretación de este objeto material se hace necesario acudir, en primer lugar, a la antigua redacción sobre el mismo en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y, en

---

<sup>368</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Manual de Derecho penal*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, pp. 163 a 167

segundo lugar, se debe relacionar parcialmente con las tradicionales dádivas del delito de cohecho, pues ciertamente el beneficio o ventaja constituyen un tipo de dádiva, cuyo contenido trasciende lo económico y material.

#### *b.4.1. Dádivas como beneficio o ventaja indebidos*

Con anterioridad a la reforma de la LO 5/2010, el tipo de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales contenía la expresión: “*dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas que corrompieren o intentaren corromper*”, y sin embargo fue excluida la mención a las dádivas y se sustituyó por el beneficio o ventaja indebidos, mediante la reforma legislativa aludida del antiguo art. 445. Mayor cambio ha sufrido, no obstante, este injusto con la LO 1/2015, pues introduce junto al beneficio indebido la mención de una ventaja, *beneficio o ventaja indebidos*. Estos cambios legislativos tienen su razón de ser porque originariamente el delito analizado se situaba dentro de los delitos contra la Administración Pública, si bien su paulatina separación de tales delitos públicos lo situó en los delitos socioeconómicos, delimitando por tanto su alcance en el tráfico económico internacional y la competencia del mercado. Igualmente, se ha avanzado de un concepto estrictamente económico de la dádiva hacia uno más inmaterial, aunque en algunas ocasiones con un valor intrínsecamente económico. Una correcta definición de las dádivas en el delito de cohecho constituye la piedra angular a partir de la cual se debe interpretar la significación del beneficio o ventaja indebidos.

En líneas generales, los instrumentos utilizados en el delito de cohecho debían de tener valor económico, así lo precisaba el CP de 1928 en su art. 472: *valor intrínseco realizable*. Desde el CP de 1944 se ha descrito el cohecho activo como aquel que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas realice la acción

típica o el acto corrupto en cuestión. La cualidad de la dádiva debía ser económicamente evaluable, según entendió un sector mayoritario; de ahí y en función de la misma, las penas a aplicar por el valor de la dádiva para cada tipo de cohecho.<sup>369</sup> Ello no significa que la dádiva no pueda también consistir en bienes tangibles y fungibles, si bien existe un sector doctrinal que aboga por lo contrario, al considerar que los ascensos, menciones honoríficas o cualesquiera otras ventajas o premios de cualquier género deberían calificarse más acertadamente como actos de inducción a la comisión de los actos delictivos o injustos de los que se trate.<sup>370</sup> Sin embargo, no sería descabado mantener que dentro del indeterminado concepto de dádiva o regalo, dichos ascensos, premios o ventajas resultaran ser el medio o instrumento imprescindible para adquirir algún otro beneficio susceptible de valoración económico-material, y de otra naturaleza distinta a la dádiva. Y partiendo de la base de que el delito de cohecho, como los de corrupción en las transacciones internacionales comerciales, son delitos de resultado cortado, la ejecución de los mismos adquiere su importancia en relación a la finalidad buscada u obtenida, por encima de los medios o instrumentos aparentemente inidóneos, pues en relación a ello, y a propósito del delito de cohecho, apunta VALEIJE ÁLVAREZ, *“lo importante en el delito de cohecho es el provecho o ventaja económica que el funcionario recibe, más que el medio mismo por el que se efectúa el traslado”*. El ánimo de lucro que preside los comportamientos de cohecho justifica el análisis de las dádivas desde un punto de vista cuantitativo, y coadyuva a dilucidar los aspectos procesales probatorios a fin de poder aplicar las penas correspondientes. En este sentido, la autora se decanta por defender que difícilmente podría castigarse a un funcionario por el delito de cohecho, cuando él mismo admita una cantidad mínima por realizar un acto contrario al

---

<sup>369</sup> MORILLAS CUEVA, L., en COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal Español, Parte Especial* Op. Cit., p. 900, también OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., p. 330; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Delito de cohecho*, Op. Cit., p. 194; y ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la Administración pública*, Op. Cit., p. 922

<sup>370</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, (2ª edición renovada y puesta al día con textos jurisprudenciales y bibliográficos por GIMBERNAT ORDEIG, E.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 213

cargo, puesto que de ello difícilmente podría inferirse que actuó con propósito de enriquecerse.<sup>371</sup>

Por su parte, MUÑOZ CONDE estima que es indiferente que la dádiva o promesa suponga un enriquecimiento para el funcionario o para un tercero que la reciba, porque el cohecho también cabe cuando se hace una donación a un tercero, pariente, amigo o a una organización o partido político. La motivación altruista no tiene porqué excluir *ab initio* un delito de cohecho, pero será relevante la cuantía de la dádiva o promesa si logra motivar al funcionario en su actuación. Igualmente hay que descartar el acceso carnal como contenido no económico de la dádiva, sin perjuicio de su apreciación a través de un concurso de delitos, es decir, mediante el tráfico de influencias por parte del particular frente a los ataques a la libertad sexual desde el punto de vista del funcionario.<sup>372</sup>

RODRÍGUEZ PUERTA aboga por una interpretación sistemática de los vocablos dádivas o presentes, conducentes a restringir su ámbito en lo que se refiere a las prestaciones de carácter material valorables económicamente. Considera que desde el punto de vista del bien jurídico protegido, lo esencial es que lo solicitado u ofrecido tenga capacidad para excluir la obligación del funcionario de actuar de forma imparcial, con lo que bastaría que la ventaja supusiera una mejora objetiva o subjetiva de la situación del funcionario, o lo que es lo mismo, la solicitud o recepción de ventajas de naturaleza material ante las cuales habría quedado clarificada la declaración de voluntad de aceptarlas. Las

---

<sup>371</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 112 y 113, 162; sin perjuicio de los argumentos que esgrime la autora apoyando la relevancia cuantitativa de las dádivas en determinados supuestos, defiende con carácter general la irrelevancia del valor de la dádiva para estimar su concurrencia e idoneidad en el delito de cohecho.

<sup>372</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, edición 20ª, Op. Cit., pp. 874 a 876; también lo corrobora FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., “no está nada claro que bajo los conceptos de dádiva o presente puedan admitirse otro tipo de ventajas o utilidades no patrimoniales, como los favores de naturaleza sexual,” p. 96

dádivas significan la contrapartida de la realización de un acto propio del cargo, justo o injusto, por lo que tienen carácter retributivo, y se configuran como prestación a intercambiar por el acto al que se compromete el funcionario. Quedan fuera de la órbita de cualquier delito de cohecho las dádivas que se entreguen sin la intención de comprar el acto del funcionario y aquéllas que fueron solicitadas en forma jocosa, sin la seriedad necesaria o por error, sin que con ellas se persiga doblegar la voluntad del funcionario. Es importante resaltar que las dádivas deben suponer una ventaja objetivamente medible, ya que si estuvieran dotadas solo de una naturaleza subjetiva, la conducta constituiría un delito de tráfico de influencias.<sup>373</sup>

Las dádivas no solo pueden favorecer al funcionario, sino también a terceros relacionados con él o incluso a organizaciones o asociaciones con las que el funcionario pudiera tener algún vínculo. Las dádivas o presentes solicitados, recibidos o aceptados cabrían tener como beneficiario a un tercero.<sup>374</sup> Por ello, en el cohecho se podría encajar toda dádiva o beneficio dirigido a un tercero, movido en contra de los intereses generales y a favor de los ajenos, siempre y cuando el funcionario resultare, de alguna manera directa o indirectamente, beneficiado.<sup>375</sup>

---

<sup>373</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 184 a 186, 190 a 197

<sup>374</sup> Problemática ya suscitada en Alemania y resuelta en el §332 de su CP; StGB, 37ª edición, Ed. Beck-Texte im dtv; (Einführung vom Prof. Dr. Hans Heinrich Jescheck); §332: "El funcionario público que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación por haber efectuado un acto dentro del desempeño de sus funciones, o que efectuará en el futuro, y con ello haya quebrantado los principios rectores del desempeño de su cargo o que los quebrantaría, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. La tentativa es punible."

<sup>375</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., citando como ejemplo de numerosas sentencias, entre ellas destaca la autora la STS de 9 de diciembre de 1994, que versa sobre los regalos hechos a la mujer del funcionario o a sus hijos o parientes, así como aquellos dirigidos a empresas en las que el funcionario tiene un interés económico, o incluso a su partido político, pp. 192 a 194. El destinatario de la dádiva responderá, en su caso, como partícipe en el delito de cohecho cometido por el funcionario, siempre que conociera las concretas circunstancias del hecho cometido por este mismo, STS 1826/1994 de 18 octubre, ROJ 1994/8026

Con relación a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, la dádiva debe interpretarse como un *beneficio o ventaja indebidos* con un valor intrínseco, que sea evaluable en términos económicos. La dádiva es solo una forma de manifestación del *beneficio o ventaja indebidos*, los cuales pueden revestir también todos los contenidos de índole no económica descritos.

#### *b.4.2 Definición de beneficio o ventaja indebidos*

Los beneficios o ventajas indebidos prometidos o concedidos a los funcionarios públicos van destinados a conseguir o conservar un contrato, negocio o ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.<sup>376</sup>

Toda interpretación de beneficio, ventaja o dádivas debe conciliar los instrumentos internacionales que inspiran la regulación de este tipo de corrupción.

Los términos exactos empleados en el Convenio de la OCDE se refieren a “*cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase*”;<sup>377</sup> por este motivo la redacción del antiguo art. 445 tras su reforma por LO 5/2010 hizo exacta mención a “*cualquier beneficio indebido, pecuniario o de cualquier clase*”, con el fin de asegurar que dentro de dichos conceptos pudieran incluirse también ventajas reales, personales, corporales, incorporeales y pecuniarias, en síntesis, de cualquier clase

---

<sup>376</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Breve Reflexión sobre la modalidad de cohecho activo en las actividades económicas internacionales (art.286 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATAILLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Op. Cit., p. 1171

<sup>377</sup> Art. 1.1 del Convenio de la OCDE



siempre que lleven aparejado el calificativo de indebido.<sup>378</sup>

Según lo dispuesto en el Convenio de la UE<sup>379</sup> y su Informe explicativo, “*ventajas de cualquier naturaleza*” representan un concepto general que abarca tanto objetos materiales (dinero, objetos valiosos, bienes de cualquier tipo, servicios prestados), como también objetos inmateriales que supongan un interés indirecto. La naturaleza de dichas ventajas coincide con la mayoría de la doctrina española, expuesta anteriormente en relación con el cohecho, que reviste un carácter económico o pecuniario.

La nueva dicción del art. 286 ter respecto del beneficio o ventaja indebidos especifica que la retribución o prestación al funcionario no se limita a la entrega de bienes u objetos materiales, sino que contiene cualquier tipo de prestaciones de servicios y otros tipos de ventajas inmateriales. La prestación del particular ofrecida, prometida o concedida al funcionario público no se identifica en exclusiva con una dádiva de carácter evaluable económicamente, sino que va más allá.<sup>380</sup> Este cambio supuso un acierto en comparación con la anterior redacción y respecto a las dádivas o a la consideración del beneficio indebido, sin tener en cuenta las ventajas.

El beneficio se concibe como una ventaja, mejoría, prerrogativa o utilidad. Tiene un contenido positivo, pero el adjetivo indebido lo califica como una

---

<sup>378</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, MINISTERIO DE JUSTICIA; <http://www.comercio.mineco.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-conrrupcion> (15/1/2015) deshabilitada. El Convenio de la OCDE, ratificación de 2 de enero de 2000, habiéndose traducido en una primera reforma del CP aprobada por la LO 3/2000, y luego se introducía un nuevo art. 445 bis en el CP, así como en una modificación incorporada en 2003 por la LO 15/2003

<sup>379</sup> DOCE, nº C 391, *Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Comunidades Europeas o de los Estados miembro de la Unión Europea*, 15 de diciembre de 1998

<sup>380</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.. “Cohecho” en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir); MANJÓN CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Tratado de Derecho penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 748

obtención de algo negativo que no le debería de corresponder al sujeto beneficiado. La ventaja es una condición favorable, una ganancia anticipada de algo que, en este caso, se circunscribe a una adicional ventaja competitiva en el mercado.

Indebido es algo no obligatorio ni exigible y también puede ser algo injusto, ilícito o falta de equidad.<sup>381</sup> Ambas acepciones pueden desprenderse del mismo vocablo, por lo cual, desde un punto de vista jurídico, se debe interpretar que lo indebido puede ser también ilícito o lícito, legal o ilegal.

Desde un punto de vista cuantitativo, el beneficio o ventaja indebidos como compensación debe ser lo suficientemente intensa como para que si se valora *ex ante*, tal ventaja sea capaz de doblegar la voluntad del funcionario. Desde un plano cualitativo, el beneficio indebido debe ser suficiente para que en abstracto puedan perseguirse los fines ilícitos previstos: conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. Se deberá profundizar en dichos aspectos al relacionar ambas perspectivas con el análisis doctrinal que se ha realizado a lo largo de la historia en torno a las dádivas en el delito de cohecho. La clave para considerar que un beneficio indebido es un elemento típico y suficiente para el soborno internacional, recae en la aplicación de los criterios de proporcionalidad respecto de ese beneficio con la finalidad perseguida u obtenida, así como en el principio de la idoneidad de ese beneficio para que se lleve a cabo la acción u omisión típica, y se conculque el bien jurídico protegido.

El problema interpretativo para estimar la tipicidad y la idoneidad del beneficio o ventaja indebidos se aborda igualmente con ayuda de la teoría de la adecuación social de los presentes y dádivas entregados en los sobornos. El

---

<sup>381</sup> Diccionario RAE; voz: *indebido*; <http://lema.rae.es/drae/?val=indebido> (10/01/2014)

ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos debe relacionarse con la consideración al cargo o a la función pública.<sup>382</sup> En términos generales, no deberían considerarse bajo dicha acepción cualesquiera regalos, flores, bombones, objetos publicitarios, gratificaciones que comporten un significado más próximo al ámbito de la cortesía que al soborno.<sup>383</sup> La doctrina y jurisprudencia española han explicado la antijuridicidad del cohecho, aplicando la teoría de la adecuación social de las dádivas o los beneficios ofrecidos o entregados, es decir, la relación de proporcionalidad entre la prestación y la contraprestación del funcionario.<sup>384</sup> El problema surgirá en cuanto a los parámetros de evaluación para estimar que una prestación es socialmente adecuada, dado que la valoración social no podrá determinar de forma unívoca la existencia de la proporcionalidad en todos los casos, porque ésta dependerá de los usos sociales y de las relaciones financieras y jerárquicas del ramo de la Administración Pública a la que pertenezca el funcionario. La adecuación social del regalo no debe excluir del ámbito típico aquellas conductas idóneas para afectar de modo significativo al bien jurídico protegido, como tampoco su falta de adaptación a la ética social dominante puede justificar la conversión en delitos de cualesquiera prácticas que carecen de aquella virtualidad.<sup>385</sup> Al objeto de apreciar si la conducta y la prestación son socialmente apropiadas o no, habrá que atender a cada cultura administrativa y social del país al que pertenece el funcionario. Además, hay que tener en cuenta que el tipo penal español no puede proteger un bien jurídico público extranjero, ya que la titularidad y soberanía del

---

<sup>382</sup> VÁZQUEZ PORTOMEIÑE SEIJAS, F., *Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado cohecho de facilitación, art. 422 CP*, Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª Época, nº 6, UNED, 2011, en la cual se expone que en virtud de nuestro sistema jurídico penal del cohecho como mixto y romanista-germánico, la entrega de la dádiva o regalo es un abuso de poder, siempre en consideración al cargo o función pública, y teniendo en cuenta que la totalidad de los códigos penales históricos han tipificado como una modalidad más de cohecho, la admisión por los funcionarios de regalos que les fueran presentados en consideración a su oficio, p. 152

<sup>383</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., *Op. Cit.*, p. 97

<sup>384</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 20ª edición, *Op. Cit.*, pp. 877 y 878, y SAP Balears, 41/1997, Sección 2ª, 5 de marzo, ROJ 1997/274

<sup>385</sup> VÁZQUEZ PORTOMEIÑE SEIJAS, F., *Op. Cit.*, pp. 161 a 163

mismo pertenecerán a ese país. Y aunque la inclusión del término de la *ventaja* junto con el del beneficio indebido excluye en cierta manera la posibilidad de aplicar la teoría de la adecuación social, entendiéndose una ventaja como una ganancia anticipada o una mejoría competitiva, no acostumbra a ser socialmente aceptada como lícita y ética en ninguna de sus consideraciones, dado que el vocablo ya comporta una cierta subjetividad de algo favorable e inusual.

La denominación de “*beneficio o ventaja indebidos*” en los delitos analizados aporta una clave para desechar la discusión anterior y, en cualquier caso respecto a la adecuación social, puesto que la calificación de *indebido* señala que el beneficio obtenido por el funcionario público extranjero conlleva una desviación del correcto funcionamiento de la Administración Pública y una ventaja que no le corresponde recibir por razón de su cargo.

La única proporcionalidad que debe advertirse en el beneficio o ventaja para que puedan considerarse ilícitos, se asienta en la relación entre lo ofrecido, prometido o concedido y el fin con el que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación al ejercicio de funciones públicas, con la finalidad de conseguir o conservar un contrato, negocio u otro beneficio irregular en la realización de actividades internacionales. El beneficio indebido ofrecido, prometido o concedido debe de incardinarse en el beneficio irregular intentado o logrado por el funcionario. El beneficio o ventaja indebidos adquirirán relevancia cuando sea apto y suficiente para obtener el fin esperado, o bien para conservar o conseguir un contrato, negocio o ventaja competitiva que constituya un beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

El factor esencial radica en la idoneidad para la desviación de funciones

públicas extranjeras y resulte contrario a los intereses generales y a la competencia leal del tráfico comercial internacional. Se deberá examinar la idoneidad en cada caso, a fin de determinar el carácter retributivo y aplicar, asimismo, la perspectiva cualitativa y cuantitativa del beneficio o ventaja.

Según la doctrina, el criterio fundamental para el estudio del beneficio o ventaja indebida no es ni cuantitativo ni social normativo, sino de imputación objetiva; lo relevante consiste en que la contraprestación ilícita tenga capacidad objetiva para corromper.<sup>386</sup> Dicha contraprestación debe tener capacidad objetiva *ex ante* para corromper, pero hay que tener en cuenta que este tipo de delitos suele ir emparentado con la criminalidad de empresa, mediando grandes montos dinerarios o ventajas competitivas de alto nivel adquisitivo, y así poder ejecutar el acto corrupto y conseguir de forma ilícita el negocio esperado.

#### *b.4.3. Destinatario del beneficio o ventaja indebidos*

El beneficio o ventaja indebidos se ofrece, promete o entrega a las autoridades o funcionarios públicos, ya sean españoles, comunitarios, extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo o “*en beneficio de éstos o de un tercero*”. En principio son los agentes públicos los que se beneficiarán de dicha ventaja, pero se contempla la posibilidad de que pueda serlo un tercero.

Debe distinguirse entre la acción realizada a través de un intermediario y el beneficio indebido que recibe otro posible intermediario y va destinado a un

---

<sup>386</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones internacionales*, Estudios de Derecho penal, Trabajos preparatorios al XVII Congreso Internacional de la AID, Instituto de Derecho penal europeo e internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, p. 81; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Op. Cit., p. 257; OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., p. 479; y DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 212

tercero, es decir, el intermediario en la actuación es distinto al intermediario en el beneficio y al destinatario del beneficio.<sup>387</sup>

La intervención de un tercero en el beneficio o ventaja no es una novedad en el soborno, ya que la expresión “*en provecho propio o de un tercero*” está contenida por ejemplo en el tipo del art. 422. Ese tercero no participará en la realización de las diversas conductas típicas.

La conducta de ese tercero no se castigará tampoco conforme al art. 286 ter, ya que no se prevé el castigo del funcionario en este injusto, de modo que tampoco podrá castigarse que un tercero se aproveche del beneficio o ventaja concedida, aunque no se descarta que tales conductas puedan encajar en otro tipo de comportamientos delictivos que sí sean punibles conforme a otros delitos.

Aquí cabe mencionar dos posibles hipótesis en la intervención del beneficio por un extraño respecto del funcionario público: aquella situación donde la ventaja es recibida indirectamente por el tercero, pues primeramente la recoge el funcionario para después remitírsela a ese tercero, y el supuesto en el que el beneficio es recibido directamente por el tercero, utilizándolo en su propio provecho.<sup>388</sup> Para que se dé esta figura, el beneficio o ventaja indebidos deberán recaer en provecho de un tercero en lugar de en el funcionario mismo, puesto que aquel tercero que pudiese intervenir en la recepción de la dádiva será un simple intermediario y el beneficio o ventaja se destinará exclusivamente al funcionario público; tal participación delictiva habrá de asimilarse a “*la persona interpuesta*”, según señala el tipo del art. 286 ter. El tercero que se beneficie de la ventaja ilícita

---

<sup>387</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 117 y 244; a propósito de esta autora también comparte la opinión respecto del tipo del art. 445, SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., p. 254

<sup>388</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 264

concedida, sustituirá al funcionario como beneficiario de dicha ventaja.

A pesar de que la corrupción pasiva no esté contemplada en el delito del art. 286 ter y no se pueda castigar al funcionario público extranjero conforme al CP español, a efectos hermenéuticos resulta imprescindible que cuando el beneficio o ventaja indebidos reviertan en el tercero, el funcionario obtenga, incluso indirectamente, alguna ganancia o interés de su actuación, incluso sin haber intervenido directamente en el trato con el particular, es decir, si el pacto con el particular se realizó por medio de una persona interpuesta.<sup>389</sup> Puede que el beneficio o ventaja revierta en provecho de un tercero, pero habrá de reportarle alguna utilidad o motivación al funcionario público para que éste lleve a cabo la contraprestación ilícita de conseguir o conservar un contrato o negocio internacional, pues de lo contrario carecerían de coherencia todos los elementos típicos entre sí, e incluso se quebraría la imputación objetiva entre la acción y el resultado. Téngase en cuenta, además, que ese interés del funcionario guarda relación con el bien jurídico protegido, porque en tales delitos y de forma secundaria se vulnera el correcto funcionamiento de la Administración Pública al intervenir un funcionario español y, subsidiariamente, lesionar también el prestigio y la honestidad de España en la vertiente de sus relaciones diplomáticas y comerciales internacionales.

En conclusión, es posible que el soborno admita una manipulación de la actividad para el beneficio de un tercero, e incluso que lo sea para perjudicar a terceros competidores con la finalidad de procurar al sujeto activo una mejor posición en el mercado, a partir de dicho perjuicio.<sup>390</sup>

---

<sup>389</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 265

<sup>390</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ALVÁREZ GARCÍA F. J. (dir), Op. Cit., pp. 749 a 752

## b.5. Medios y modos comisivos

Los medios empleados para obtener un beneficio o ventaja indebidos en el tráfico internacional resultan indispensables para poder cometer luego la acción típica. Estos medios comisivos actúan como el complemento necesario de los modos de comisión del delito, los cuales a su vez pueden revestir formas variadas: siendo el sujeto activo quien toma la iniciativa corrupta, o bien aceptando éste la proposición corrupta del funcionario.

Asimismo, dentro de los modos de conducta se encuadran comportamientos aparentemente atípicos respecto a la secuencia temporal entre la acción y el resultado. Se rompe el nexo causal y únicamente mediante la imputación objetiva se podrá analizar si el soborno impropio y el soborno subsiguiente constituyen conductas lesivas.

### *b.5.1. Medios comisivos*

Los medios empleados por el sujeto activo para realizar la acción equivalen al *“ofrecimiento, promesa o concesión”* de un beneficio o ventaja indebidos. Se trata de unos términos híbridos, que se estructuran dentro de la acción *“corromper, intentar corromper (...) o atender solicitudes (...)”* y acompañan al objeto material del delito: *“el beneficio indebido pecuniario o de cualquier clase”*.

Para que la conducta típica se realice conforme se describe en el CP, han de concurrir los medios comisivos como elementos del tipo, en este caso: *“los que mediante ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase corrompan o intenten corromper (...) o atiendan sus solicitudes (...)”*. El sujeto activo, según el tipo regulado, solo puede ser el particular, persona física



o jurídica, pero nada obsta a que el ofrecimiento, promesa o concesión la lleve a cabo el funcionario público como instrumento para corromper, siendo el particular el que acepte los medios propuestos. El particular que atendiera dicha solicitud y accediera al acuerdo corrupto propuesto por el funcionario, será castigado conforme a las penas del art. 286 ter, pero no lo será en cambio el funcionario extranjero conforme al Ordenamiento Jurídico español, ni el funcionario público español conforme al art. 286 ter, ya que esa modalidad pasiva del soborno en estos delitos no está contemplada.

La acción de corromper e intentar corromper queda limitada por la referencia a la oferta, promesa o concesión; he ahí las formas en que se concreta el efecto corruptor de la acción del sujeto. La referencia conjunta a las acciones de ofrecer, prometer y conceder abarca de forma omnicomprendiva todos los eventuales medios a través de los cuales el sujeto activo manifiesta su intención corrupta en el intercambio de beneficios mutuos con el funcionario.<sup>391</sup> Y tan solo el resultado será típico cuando los verbos aparecen unidos a la utilización de dichos medios.

El ofrecimiento supone la propuesta y manifestación de voluntad para delinquir y obtener un beneficio indebido, pero no significa que se llegue a alcanzar el acuerdo corrupto. Precisamente en ese ofrecimiento podría vislumbrarse un soborno antecedente, esto es, se ofrece la dádiva sin que llegue a materializarse el beneficio o ventaja irregular que pretende alcanzarse. La promesa, por el contrario, confirma y garantiza un acuerdo corrupto entre particular y funcionario, donde se promete un beneficio indebido mutuo. A su vez, el término concesión parece apelar, a primera vista, a un soborno

---

<sup>391</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., p. 746

subsiguiente.<sup>392</sup> La concesión se puede entregar con motivo de una acción concreta pactada o ya realizada, y no se necesita garantizar el acto corrupto, sino que se gratifica o compensa el acto ya consolidado, realizado o pendiente de realización.<sup>393</sup>

La corrupción se consume anticipadamente, y en tal caso es punible siempre que haya mediado un ofrecimiento, promesa o concesión, sin indicarse si la concesión debe ser antes, durante o después.

El Convenio de la OCDE incluye los verbos ofrecer, prometer o conceder,<sup>394</sup> mas el legislador español ha utilizado la forma gramatical del sustantivo. Probablemente se deba a que ha querido introducir una diferenciación respecto a los verbos contenidos en el precepto: corromper, intentar corromper o atender las solicitudes del funcionario. De este modo se separa claramente la acción del delito de los medios comisivos, puesto que si en lugar del ofrecimiento, promesa o concesión se hubiera plasmado en el tipo la forma verbal del infinitivo, ofrecer, prometer o conceder, se confundiría con la verdadera conducta del delito que es: corromper, intentar corromper o atender a las solicitudes del funcionario al respecto. Estas acciones deben ir ligadas y ejecutadas con la condición *sine qua non* de un ofrecimiento, una promesa o una concesión. Los sustantivos envuelven y definen la forma en la que ha de ejercitarse la acción típica, ya que corromper implica un verbo y un concepto excesivamente amplios.

---

<sup>392</sup> El cohecho subsiguiente se regula en el CP tras la reforma de la LO 5/2010 del art.421, siendo únicamente punible la conducta del funcionario que recibe o solicita la dádiva como recompensa, pero no la conducta del particular que la entrega.

<sup>393</sup> En este sentido, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., definen el cohecho antecedente para el supuesto que el acuerdo tenga lugar antes de que el funcionario público realice u omita el acto objeto del cohecho, mientras que el cohecho subsiguiente constituye el soborno cuando el acuerdo o intento de acuerdo entre funcionario y particular sucede una vez que el funcionario ya ha realizado u omitido el acto corrupto del que se trate, pp. 1627 y 1628

<sup>394</sup> Art. 1.1 del Convenio de la OCDE

Los medios comisivos analizados se encuentran estrechamente relacionados con el objeto material del delito, el beneficio o ventaja indebidos y lo uno sin lo otro no adquiere significación antijurídica a efectos penales. De igual forma, resulta imprescindible enlazar el ofrecimiento, promesa o concesión con la acción corrupta, porque no alcanzan una consideración de autónoma si no es a través del resultado global que se obtiene de la acción u omisión corrupta, y de que ésta recaiga siempre en la obtención o aspiración del beneficio o ventaja indebidos.

Generalmente se han asociado los verbos ofrecer, prometer, conceder o retribuir a la dádiva de los delitos de cohecho, aunque en este supuesto del art.286 ter y tras la redacción vigente del mismo, se deben separar, dado que los unos son medios comisivos y la dádiva o beneficio indebido es el objeto material del delito. Sin los medios comisivos no se puede materializar el beneficio indebido, porque éste tendrá que comunicarse, manifestarse o exteriorizarse frente al funcionario a quien se pretende corromper, o frente al que atiende la solicitud del acto corrupto. Sin embargo, la iniciativa corrupta mediante el ofrecimiento, promesa o concesión también suele realizarse sigilosamente y en la más estricta intimidad y clandestinidad. De hecho, podría darse el supuesto en que la aceptación del ofrecimiento, promesa o concesión del beneficio o ventaja por parte del sobornado no exista o sea tácita.<sup>395</sup>

### *b.5.2. Modos de comisión*

Las conductas típicas de los delitos de corrupción en las transacciones

---

<sup>395</sup> KRAMER, C., (RA und wissenschaftlicher Mitarbeiter von Dr. JOHANNES KASPER, München), "Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz", en *Goltdamer's Archiv für Strafrecht*, begründet 1853, herausgegeben von WOLTER, J.; PÖTZ, P. G.; KÜPER, W.; HETTINGER, M., Ed. R.v. Decker, München, 2005, pp. 393 y 394

comerciales internacionales se asientan sobre cualesquiera posibles comportamientos corruptos, pero ceñidos a los restantes elementos objetivos del tipo. A propósito de este delito y sus distintas regulaciones en las reformas penales que se han ido sucediendo, hubo un intento de esbozar un análisis del significado del verbo corromper para estas conductas concretas, y la conclusión resultó en que no puede definirse de forma unívoca, si bien pueden extraerse tres elementos comunes para su definición: en primer lugar, siempre existe un abuso de una posición de poder, en segundo lugar, se persigue una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y el carácter secreto del pago o de entrega de la dádiva, y en tercer lugar, deben concurrir en cualquier caso dos partes para que el acto corrupto pueda consumarse.<sup>396</sup>

Las modalidades comisivas del precepto 445 parecen responder a la literalidad del art. 1.1 del Convenio de la OCDE, aunque valiéndose para ello de conceptos ya acuñados por nuestro ordenamiento penal relativos al cohecho activo. Se impone la equivalencia funcional como criterio para apreciar, en parte, la idoneidad en la transposición de este delito, en razón a los modos y medios de comisión. La conducta de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales comporta los mismos términos de conducta que el art. 423, utilizados a su vez en el CP anterior.<sup>397</sup>

Mediante los instrumentos tendentes a lograr actos corruptos, el sujeto activo despliega la acción típica constitutiva del tipo del art. 286 ter, aunque más bien cabría hablar en plural de conductas típicas de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Se penará una sola unidad de actuación, pero cabe que ésta, a su vez, pueda conformarse mediante varios actos

---

<sup>396</sup> DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 210

<sup>397</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 13ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 1039, y FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 90

tendientes a lograr esa corrupción y beneficio irregular pretendido.

Conviene distinguir dos acciones típicas, que intrínsecamente configuran la conducta: de los que mediante ofrecimientos, entregas o promesas de un beneficio o ventaja indebidos corrompieren o intentaren corromper, por sí mismos o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo para beneficio de estos o de un tercero; y la de los que atendieren las solicitudes al respecto de dichas autoridades o funcionarios públicos.<sup>398</sup> Ambas modalidades activas constituyen formas de soborno cometido por particular sobre un funcionario extranjero, en relación a su función, puesto, cargo o mando en las operaciones internacionales.

En cualquier caso, la acción debe estar dirigida a que los funcionarios públicos, nacionales, extranjeros o de organizaciones internacionales actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones públicas, con objeto de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de transacciones comerciales internacionales.<sup>399</sup> Si los funcionarios

---

<sup>398</sup> MORILLAS CUEVA, L., en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal Español, Parte Especial*, Op. Cit., pp. 904 a 908

<sup>399</sup> Para apreciar una conducta delictiva del soborno a un funcionario público extranjero es imprescindible que éste actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas, así se recoge en los distintos textos normativos internacionales. Art. 1.1 del Convenio de la OCDE; el Delito de cohecho de servidores públicos extranjeros: “1. Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales”. Artículo 16 de la UNCAC; soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales, 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se

públicos del Estado no actúan en el ejercicio de su cargo o de sus funciones públicas, no se podrán penar las conductas conforme a este delito así analizado. Únicamente se podrán reducir dichas acciones a un delito de estafa o tráfico de influencias, sin perjuicio de los posibles concursos de delitos que pudieran anteceder al delito de corrupción de las transacciones comerciales internacionales.<sup>400</sup>

Las conductas del sujeto activo deben desarrollarse en un contexto de actividades económicas internacionales, pudiendo identificarse las conductas con un cohecho activo ampliado y dotado de elementos internacionales en el tráfico económico y comercial.

*a) La corrupción al funcionario público:*

Las conductas consistentes en “corromper o intentar corromper” mediante dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas implican las conductas de ofrecer, prometer o entregar cualquier tipo de beneficio o ventaja indebidos. Se trata de conductas activas centradas en transgredir los principios de la función pública a cambio de la contraprestación indebida u ofrecimiento o promesa al funcionario público, para que éste en el ejercicio de su cargo consiga o conserve un contrato, negocio, cualquier otro beneficio irregular o ventaja en las actividades económicas internacionales.

La conducta del particular, consistente en corromper o intentar corromper, va dirigida a incitar al funcionario a que realice una dejación en sus funciones,

---

*cometan intencionalmente la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales”.*

<sup>400</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, Parte Especial*, 16ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 865 y 866

por cuanto éste abandona el deber y conculca el principio de imparcialidad y objetividad de la función pública, sin perder de vista que, a su vez, alterará la libre competencia del tráfico mercantil y económico en un contexto internacional. Se trata, pues, de una inducción a que el agente público extranjero realice un acto injusto a cambio de una ventaja, con toda la carga de intencionalidad que ello implica.<sup>401</sup> Hay que advertir que el legislador ha mantenido en este tipo la equiparación punitiva, prevista para el cohecho clásico desde la reforma de 1944, entre quien corrompe y quien solo lo intenta.<sup>402</sup> Los verbos “*corromper o intentar corromper*” se utilizaron también en anteriores redacciones del precepto del cohecho activo.<sup>403</sup> El empleo de estas expresiones ha sido criticado en cierta manera por la doctrina, en razón a presentar un contenido impreciso.<sup>404</sup> La jurisprudencia ha interpretado el término corromper en el sentido de inducir al funcionario público a realizar un acto injusto.<sup>405</sup>

Igualmente, el tipo se configura de manera subjetiva en cuanto que conlleva un doble elemento aparentemente subjetivo del injusto: corromper con el fin de obtener la conducta del funcionario y la intención de conseguir o conservar a través de la misma un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva, en el marco de las transacciones comerciales internacionales. Pero como se verá más adelante, esta finalidad forma parte de los elementos objetivos del tipo.

---

<sup>401</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., p. 1908

<sup>402</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 90

<sup>403</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010: “se emplean términos similares a los que se utilizan para definir la conducta punible en el delito de cohecho del art. 424 (cohecho activo)”, p. 490

<sup>404</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 284 a 286, sobre el antiguo art. 423. Artículo 423 redactado por la LO 5/2010, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP

<sup>405</sup> STS 1734/1994 de 8 octubre, ROJ 1994/7877

El particular toma la iniciativa cargada de venalidad de proponer el acuerdo de voluntades al funcionario. La idea de corromper no puede aislarse semánticamente de toda la dinámica comisiva. El hecho de corromper se circunscribe en primer lugar a los medios comisivos o los instrumentos de los que se vale el sujeto activo para corromper, *“mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase”,* y en segundo lugar con el fin de que los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo, *“actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas, para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”.*

La acción de corromper debe ser extensiva a los comportamientos llevados a cabo por la persona física o jurídica en relación a la entrega o promesa del beneficio indebido. Este verbo tiene su reverso en la recepción o aceptación de la promesa realizada por el funcionario. En consecuencia, el particular corruptor deberá conocer todos los elementos típicos del delito de cohecho integrados no solo por la acción de corromper o intentar corromper, sino también por la finalidad que guía estas acciones, es decir, la obtención de un acto propio del cargo, aunque injusto, sea delictivo o de abstención. Por tanto, en función de cuál sea el objeto del soborno, así variarán el tipo de cohecho y la pena.<sup>406</sup>

La expresión *“intentar corromper”* se entiende como un ofrecimiento al funcionario público de dádivas, beneficios o presentes.<sup>407</sup> Dicho intento se corresponde con la oferta corruptora e integra un supuesto de tentativa unilateral de cohecho. Se trata de un comportamiento para los supuestos en los que no se llega a alcanzar el pacto, donde el particular ofrece una ventaja sin que el destinatario se sume a ella. Intentar corromper se identifica con la oferta

---

<sup>406</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 286

<sup>407</sup> STS 883/1994 de 11 mayo, ROJ 1994/3687



corruptora propuesta; es una puesta en peligro del bien jurídico y del correcto y leal funcionamiento del mercado internacional, así como de la imparcialidad del funcionario extranjero.

El tipo constituye un delito de intencional de resultado: el que corrompiese o intentase corromper a un funcionario público lo hará con la finalidad de conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales. A tales efectos, será indiferente que objetivamente se alcance o no el contenido de dichos elementos finalistas. Desde la perspectiva del núcleo de la acción, se trata de un delito subjetivamente configurado y correspondiente a la modalidad de delito de emprendimiento, caracterizado por la equiparación a la tentativa y la consumación, de forma que en la estructura del tipo se consigue la plena realización delictiva, tanto si se corrompe como si tan solo se intenta corromper al funcionario.<sup>408</sup>

La definición de la conducta de corromper, o en su caso intentar corromper, se ha de interpretar a la luz de los elementos del tipo anteriormente citados; no cualquier acto corrupto aislado en un contexto internacional y con un funcionario resulta susceptible de penarse conforme al art. 286 ter, sino solo aquella comisión delictiva de soborno que cumpla con todos y cada uno de los elementos de tipo, con los medios comisivos, la finalidad y el contexto económico internacional.

#### *b) Mediante persona interpuesta*

Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

---

<sup>408</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (dir); MARTOS NÚÑEZ, J. A.; HERRERA MORENO, M.; BLANCO LOZANO, C.; MONGE FERNÁNDEZ, A.; AGUADO CORREA, T.; REQUEJO CONDE, C.; RANDO CASERMEIRO, P.; POLAINO ORTS, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 370 y 371

pueden cometerse por cualquier persona física o jurídica o mediante persona interpuesta. Se contempla la corrupción directa e indirecta,<sup>409</sup> bien si el delito es susceptible de realizarse de forma directa, bien si es a través de intermediarios.<sup>410</sup>

La posible equiparación de esta persona interpuesta con el *extraneus* de las teorías sobre el cohecho pasivo, suscita tener que recurrir al análisis de la autoría y participación sobre los delitos del art. 286 ter para calificar tal colaboración o participación del tercero, si bien hay que diferenciar entre la persona interpuesta y el sujeto activo. Una de las peculiaridades del art. 286 ter estriba en que se ha de calificar como autor tanto a quien realiza la conducta por sí, como a quien lo hace mediante un tercero, rompiendo con ello las reglas ordinarias de la participación previstas en otros preceptos del CP.<sup>411</sup> En cualquier caso, la introducción de este tercero adquiere igualmente su significado en el sentido de que facilita acudir a la vía institucional de la representación para la solución de ciertos conflictos en la punibilidad.<sup>412</sup> El representante actuaría entonces como un mero interlocutor, mientras que la persona que corrompe o intenta corromper, frente al que se deja corromper, utilizaría a un verdadero mediador. Si esa tercera persona interpuesta lo fuese de las dos partes, es decir, del sujeto activo y del funcionario público a quien se corrompe o se intenta corromper, su intervención resultaría irrelevante, porque entonces se trataría de un interlocutor y no de un mediador. La mediación tiene que ir dirigida a facilitar la actuación corruptora,<sup>413</sup>

---

<sup>409</sup> FISCALÍA GENERAL DE ESTADO, Circular 1/2005, *Sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte)* [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/circular1-05.pdf?idFile=9eab261a-b971-4475-9375-f3d8ce555658](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular1-05.pdf?idFile=9eab261a-b971-4475-9375-f3d8ce555658) (20/09/2015), así como en consonancia con el Convenio de la OCDE Art. 1.1, CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Op. Cit., p. 2120

<sup>410</sup> Art. 2.2 del Convenio de la UE, art. 15 a) de la UNCAC, y art. 2 del Convenio del Consejo de Europa

<sup>411</sup> CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., Op. Cit, p. 2120

<sup>412</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., *Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales*, Revista de ciencias penales (RCP), Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 4, 2001 y 2002, p. 17

<sup>413</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., entiende respecto del anterior art. 445 bis, que esta postura es también aplicable a la previsión de que las dádivas o presentes se practiquen en beneficio del

sin perjuicio de quién obtenga el beneficio o ventaja indebidos, y de la persona que se beneficie del provecho o ventaja competitiva. No se debe identificar al mediador con el tercero, en provecho de a quien entrega el beneficio o ventaja indebida, pues el mediador es el que corromperá o intentará corromper en nombre del sujeto activo, “los que (...) corrompieran o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público (...).”

En este delito común no es significativo el hecho de que se pueda utilizar a un tercero para corromper a un funcionario público extranjero, pero el intermediario adquiere cierta relevancia y especialización por el marco del comercio internacional en el que se desenvuelve el *iter criminis*. Las empresas necesitan valerse de terceros que dominen el campo donde debe desarrollarse el contrato o el beneficio irregular, y que conozcan a los funcionarios adecuados para poder sobornar. Este intermediario resulta crucial para que la conducta se lleve a cabo.<sup>414</sup> El particular que pretende sobornar al funcionario público extranjero y lograr un contrato en el marco de la economía internacional, puede valerse de un mediador a quien, a su vez, concede alguna ventaja o comisión de servicio. Esa comisión para realizar el soborno con un funcionario en nombre de otro, podría ejecutarla algún directivo, administrador o colaborador de una determinada empresa mercantil influyente, que ejerza suficiente presión o se prevalega de su tráfico de influencias; todo ello para lograr que a través del soborno al funcionario se incumplan las reglas de mercado en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios, logrando así una posición más fuerte y ventajosa en dicho mercado. En tal supuesto existiría un posible concurso de delitos, pero está claro que ese intermediario y el tráfico de influencias ejercido pueden ser un conducto idóneo para reforzar la comisión de

---

funcionario o de un tercero, p. 92; refiriendo la discusión a lo que propugna a propósito del CP anterior la autora, VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 106 y 107

<sup>414</sup> DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 214, y NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el comercio internacional*, Op. Cit, p. 88

un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, además de una irrupción en la leal competencia del mercado.

El tercero puede llegar a realizar verdaderas labores de mediación, distinguiéndose entonces la responsabilidad penal a título de cómplice, o como simple hombre de paja ajeno a la comisión delictiva. La mediación puede efectuarse a través de una persona física o mediante una persona jurídica. En este último caso, podría tener lugar el fenómeno de las sociedades pantalla,<sup>415</sup> o empresas que impiden y dificultan rastrear el origen de los fondos. Obviamente, la utilización de personas interpuestas dificulta la investigación de los hechos y la averiguación de los beneficios. El sujeto que se vale de este tercero, se sirve del instrumento perfecto para la comisión del delito, porque su persecución será difícil de indagar.<sup>416</sup>

En el ámbito de los negocios internacionales, la figura del intermediario representa un síntoma del grado de desarrollo del fenómeno de la corrupción socioeconómica. La existencia de profesionales que bajo el disfraz de la mediación comercial o de relaciones públicas facilitan la puesta en contacto del particular con el funcionario público, refleja el nivel tan alto y complejo que

---

<sup>415</sup> STS 212/2013 de 5 abril, ROJ 2013/4937. Mediante esta Sentencia, el Tribunal Supremo determinó contundentemente el uso de sociedades pantalla para evitar la declaración de bienes o fondos, en su caso el blanqueo de capitales. A través de la citada resolución, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal desestimó las pretensiones de los demandantes, por cuanto habían registrado previamente a favor de una sociedad creada *ad hoc* para eludir la tributación de bienes que les pertenecían como personas físicas pero atribuían a la sociedad pantalla. En este sentido se pronunció, que *"quienes de forma insolidaria pusieron empeño en ocultar al Estado el dinero obtenido con la venta de la actividad industrial de la compañía, aportándolo a una sociedad que (...) responde a una tipología clave para la circulación del dinero negro encubriendo a los verdaderos propietarios, (...) no pueden pretender ahora prescindir de la persona jurídica utilizada para el ocultamiento y que se declare que son los verdaderos titulares de los bienes a nombre de la sociedad."*

<sup>416</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 750 a 752

puede llegar a alcanzar el mercado ilícito.<sup>417</sup> Es habitual que los intermediarios sean elegidos precisamente por el sujeto activo, en función del grado y volumen del propio tráfico de influencias que pueden ejercer sobre los funcionarios públicos extranjeros a corromper.

Cuando el tercero realice labores de mediación entre el funcionario y el particular habrá que determinar si con su conducta favoreció al sujeto activo, pues el auxilio al funcionario para recibir u ofrecer el acuerdo corrupto resulta de encaje difícil, dado que la conducta del funcionario no está tipificada de forma expresa en estos delitos. Los actos del intermediario irán dirigidos a facilitar al particular corruptor la obtención del acto, o simplemente servirán para entablar contacto con el funcionario y entregarle o prometerle la dádiva. En ciertos casos se puede considerar que representa un acto de corretaje. También sería posible el supuesto en el que el intermediario, que en nombre del particular ofrece, promete o concede el beneficio indebido, corrompiendo, intentando corromper al funcionario público extranjero o atendiendo a su solicitud, se beneficiara también del acto propio del cargo del funcionario a cambio del cual entrega la ventaja. Tal supuesto será relevante a efectos de valorar la autoría y participación, pero no a efectos de apreciar si concurre la figura de persona mediadora que contribuye a que el sujeto activo logre corromper al funcionario.<sup>418</sup>

*c) Corrupción del particular que atendiere las solicitudes del funcionario público extranjero*

Si la acción típica se realiza a través de los que “atendieren a las solicitudes” de los funcionarios públicos, ello supondrá que los posibles sujetos activos serán

---

<sup>417</sup> SAVONA, E. y MEZZANOTE, L., *La corruzione in Europa*, Ed. Carocci Editore, Roma, 1998, p. 53, en FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit, p. 93

<sup>418</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, pp. 118 y 119, y también RODRÍQUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 262

aquéllos que acepten, claudiquen, aprueben y corroboren mediante su coautoría o participación, la consumación de las conductas corruptas a través de un soborno en el ámbito de transacciones comerciales internacionales. Atender a las solicitudes del funcionario público significa la aceptación por el particular de la propuesta realizada por aquel, consistente en la entrega inmediata o futura de una dádiva.<sup>419</sup>

Esta segunda modalidad de soborno cometido por el particular sobre el agente público constituye una ley penal mixta alternativa, configurando así un supuesto alternativo a la anterior hipótesis de la conducta delictiva, "*corromper o intentar corromper*". La acción de atender a las solicitudes comparte con el tipo alternativo la totalidad de los elementos típicos esenciales, a excepción de la iniciativa o emprendimiento. Se exige la efectiva aceptación de la solicitud del funcionario corrupto; tal solicitud debe aceptarse, no intentarse. Es un delito de mera actividad y un tipo subjetivamente configurado, porque equivale a un delito de intención en su variante de resultado cortado.<sup>420</sup> Representa el tradicional cohecho pasivo, ya que en este caso es el funcionario quien solicita o exige la dádiva a cambio de la obtención o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o susceptibles de evaluación económica. La conducta descrita de atender a la solicitud del funcionario se analizará siempre desde la perspectiva del sujeto activo, persona física o jurídica de nacionalidad española.

El agente público promueve el pacto ilícito y la conducta del particular que acepta las condiciones del funcionario, y no es menos grave que la conducta que trata de sobornarlo, toda vez que en ambos casos participan por igual del

---

<sup>419</sup> VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 307, y DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 211

<sup>420</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Op. Cit., p. 371

acuerdo.<sup>421</sup>

Una vez más, sorprende la exclusiva dirección punitiva que selecciona el precepto, pensado únicamente como delito cometido por particular, es decir, el soborno activo. La conducta del agente público, y en su caso funcionario extranjero o de una organización internacional que se deja corromper o incluso que solicita él la dádiva, no está sancionada en el tipo.<sup>422</sup> Y no cabe pensar que se le puedan aplicar los contenidos de los delitos de cohecho, más aún después de la reforma de la LO 5/2010 y de la LO 1/2015, ni tampoco las soluciones de la participación en el delito, ya sea como inductor o como cooperador necesario del delito de corrupción cometido por particular, aunque en este último caso cabe forzar semejante interpretación a tenor de la incongruencia legislativa de excluir de la punición a los funcionarios nacionales, comunitarios o extranjeros que cohechan.<sup>423</sup>

*d) Contraprestación del funcionario público extranjero*

Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales constituyen un injusto de mera actividad, cuyo núcleo conductual es la corrupción del funcionario mediante una contraprestación indebida o su ofrecimiento o promesa con el fin de alcanzar una actuación del mismo en el ejercicio del cargo, y para conseguir o conservar un contrato, negocio o ventaja competitiva en las actividades económicas internacionales.<sup>424</sup>

La contraprestación que el sujeto activo del delito pretende obtener del

---

<sup>421</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 91

<sup>422</sup> MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la Administración Pública*, en COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal Español, Parte Especial*, Op. Cit., p. 967

<sup>423</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., p. 1635

<sup>424</sup> POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Op. Cit., p. 370

funcionario público reside en la finalidad de que “actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio u otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas. Esta contraprestación del funcionario viene a ser difícil de catalogar dentro del análisis de los elementos típicos del delito, porque a primera vista el contenido de “con el fin” podría indicar que se trata de un elemento subjetivo del tipo, sin embargo debe interpretarse como un elemento objetivo que pertenece a los modos de comisión del delito, debido a que el sentido se desprende de la frase en su conjunto y no al desglose de los distintos vocablos por separado.<sup>425</sup> La finalidad ha de entenderse como única, puesto que la consecución o conservación del contrato o beneficio irregular tiene que desarrollarse en el campo de las actividades económicas internacionales. Se menciona, de forma alternativa, que se aspirará a un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva, pero su obtención debe tener lugar en el marco de una actividad económica internacional.<sup>426</sup> El tráfico económico mercantil en un contexto internacional define la ubicación en la que han de cometerse los delitos de corrupción; no es propiamente una finalidad distinta de la conducta, sino una referencia del sector en el que debe desarrollarse la conducta para considerarse típica.

El funcionario que actúe o se abstenga de actuar, deberá hacerlo siempre “en ejercicio de sus funciones públicas”, en consecuencia, los actos irregulares realizados en el ámbito privado, fuera del ámbito público, no serán susceptibles de penarse conforme a estos delitos de corrupción. Con anterioridad a la reforma por LO 5/2010, el tipo contenía que la referida conducta la debía realizar el

---

<sup>425</sup> Al contrario opina POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Op. Cit., pues estima que son dos elementos subjetivos configuradores del tipo, “(...) en cuanto es portador de un doble elemento subjetivo del injusto: el fin de obtener la conducta del funcionario y la intención de conseguir o conservar a través de la misma un beneficio irregular (por contrato o por otro título) en el marco de transacciones comerciales internacionales”, p. 370

<sup>426</sup> En sentido opuesto, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., estructura la finalidad del delito, entendiendo que ésta es doble, por un lado conseguir o conservar un contrato en concreto y por otro, más genéricamente, conseguir o conservar un beneficio irregular relacionado con la actividad económica internacional, p. 211



funcionario “*en el ejercicio de su cargo*”, pero esta mención al cargo fue desacertada, ya que el artículo exigía, antes de su modificación, que el soborno que se practicara sobre los agentes públicos extranjeros debía tener la finalidad de que éstos actuaran o se abstuvieran de actuar en relación al ejercicio de sus funciones públicas. La referencia al desempeño del cargo concreto y específico permitía adivinar una reducción del ámbito de punibilidad de la norma, pudiendo resultar atípicas las conductas que, aunque se realizaran en relación con el ejercicio de funciones oficiales, excediesen el ámbito competencial asignado a la autoridad o funcionario. Este tipo de supuestos pueden ocurrir con frecuencia, según opina FABIÁN CAPARRÓS, debido a que en ocasiones el sujeto activo del delito se tiene que desenvolver en el terreno desconocido de una Administración pública extranjera o internacional.<sup>427</sup> El particular puede entrar en contacto con un funcionario público que no disponga de las potestades públicas a las que aspira para conseguir el beneficio irregular, y que le permitan actuar en el sentido pretendido, pero que por su condición de agente público, o quizá a través de una persona interpuesta, logre la conservación de ese contrato en el tráfico comercial internacional. Dentro del ejercicio de funciones públicas debe subsumirse cualquier uso de la posición de agente público, tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente.<sup>428</sup>

Las actuaciones públicas de conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva podrán ser cualesquiera actos políticos, administrativos, legislativos o incluso jurisdiccionales que comporten una mejora o ventaja de la posición en el mercado, pero siempre han de estar ligadas a las

---

<sup>427</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 104

<sup>428</sup> Convenio de la OCDE, art. 4c); “(...) *actuar o dejar de actuar de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales (...)*”, y los Comentarios adoptados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, en el apartado 18, valoran aquellos casos en los que el directivo de una sociedad entrega un soborno a un alto funcionario de un gobierno con el fin de que éste utilice su cargo, si bien actuando fuera de su esfera de competencia, para hacer que otro funcionario adjudique un contrato a esa sociedad.

actividades económicas internacionales.

Los actos deberán referirse a cualquier función desarrollada durante la negociación o la participación directa como operador en las actividades económicas, y actuando en el ejercicio de las labores de control y supervisión de los fines públicos o la protección de intereses generales vinculados a dicha labor. Tendrán que constituir actuaciones conectadas al ejercicio de la función pública desde un punto de vista objetivo, en cuanto a la naturaleza del acto, y no de carácter subjetivo, en cuanto a la conexión o relación del cargo del funcionario con el acto a desarrollar.<sup>429</sup>

El funcionario podrá realizar una conducta activa u omisiva, pero el resultado debe consumarse en la consecución o conservación de un contrato u otro beneficio irregular; más bien se trataría de una conducta comisiva o de comisión por omisión del funcionario.<sup>430</sup> El funcionario público infringe el deber jurídico de la salvaguarda del correcto funcionamiento de la Administración nacional o extranjera, que garantiza el principio de imparcialidad y de igualdad frente al resto de los administrados. Asimismo, el funcionario público omitente es el que crea el riesgo para el bien jurídicamente protegido, la competencia leal del mercado, el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional y el leal funcionamiento de la Administración.

Se podría decir que la citada finalidad representa un elemento mixto, encuadrable tanto dentro del tipo objetivo como del tipo subjetivo del injusto. El fin aludido contiene la aspiración de la voluntad corrupta, una pretensión

---

<sup>429</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 749 a 752

<sup>430</sup> Art. 11 del CP, *“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*

subjetiva de lograr un acto fraudulento, y significa un elemento distinto al dolo. Se trata de un delito de tendencia interna trascendente, caracterizado por un motivo que traspasa la realización del hecho típico. Su finalidad es equivalente al móvil en el delito del cohecho activo. Este objetivo pretendido es de cuño económico y vincula el delito con la tutela de las condiciones de libre competencia en el ámbito internacional.<sup>431</sup>

Antes de la reforma de la LO 1/2015, la mención de un beneficio irregular sustituía a la de *cualquier otra ventaja competitiva*, pero esta última redacción es más acorde con la ubicación actual de los delitos. Beneficio irregular resultó ser excesivamente ambiguo e indeterminado. El beneficio podía obtenerse de forma irregular pero no por ello injusta, y la característica de irregular indicaba que lo pretendido se apartaba del orden establecido. Sin embargo, hay conductas que, apartándose del orden establecido, resultan atípicas y otras, que se cometen dentro del orden establecido, constituyen un delito, tal como ocurre con un soborno impropio.

La consecución o conservación del contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva siempre tendrá que estar relacionada con la intermediación, participación o negociación en las actividades económicas internacionales. La actividad que desarrolle el agente público extranjero deberá encuadrarse en todos los casos dentro de la economía internacional, pues cualquier otro tipo de actividad resultaría atípica para el CP español. Toda conducta corrupta realizada por el funcionario habrá de quedar incluida de forma inexorable en el ámbito económico internacional, ya que de lo contrario caería en la órbita de la sanción según el Derecho penal del Estado extranjero al que sirva el funcionario. La actividad económica es susceptible de comprender operaciones en el mercado de la producción, la distribución o el consumo de cualquier bien, material o

---

<sup>431</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., pp. 112 y 113

inmaterial o de prestación de servicios. Sería discutible si deben excluirse las operaciones de consumo del tipo analizado, pero nada obsta a que éstas deban desarrollarse en un régimen de libre competencia, el cual puede sufrir intromisiones derivadas de un acto corrupto en el marco de las transacciones comerciales internacionales; tal sería el caso de la obtención de contratos para un posicionamiento desleal en la libre competencia del mercado internacional. Una actividad se considera internacional cuando concurren elementos de extranjería y, en su caso, de Derecho Internacional Público y Privado. Desde un punto de vista subjetivo, la internacionalidad comprende no solo la ajenidad nacional del sujeto respecto del Estado que representa el funcionario público, sino su carácter de no residente. Objetivamente, en cambio, la internacionalidad se proyecta en los delitos del 286 ter, respecto de las transacciones comerciales, cobros o variaciones en cuentas o posiciones deudoras o acreedoras frente al exterior.<sup>432</sup>

La anterior rúbrica del Capítulo X donde se incardinaba el art. 445,<sup>433</sup> así como el título del Convenio de la OCDE daban nombre a los delitos de corrupción en *“las transacciones comerciales internacionales”*; sin embargo, el delito del anterior art. 445 y del actual art. 286 ter del CP y el art. 1.1. del Convenio los mencionan en las *“actividades económicas internacionales”*. El Convenio UNCAC, por su parte, en el art. 16 los denomina *“actividades comerciales internacionales”*.

La diversidad en las denominaciones apunta a que debe ser una interpretación amplia la que se atribuya a la definición de *“la realización de actividades económicas internacionales”*. En ella se incluyen tanto las transacciones comerciales y/o económicas privadas como las de trascendencia pública, pues en función de si se trata de transacciones comerciales públicas, así serán las penas como castigo al culpable, más severas y elevadas. Cualquier actividad mercantil,

---

<sup>432</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 750 y 751

<sup>433</sup> Redacción del art. 445 y ubicación de los delitos del art. 286 ter con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015 del CP

lucrativa o no, se puede calificar de actividad económica internacional a los efectos de este delito; la sanción que establece el tipo será mayor si el objeto de transacción recae sobre bienes o servicios humanitarios. A fin de lograr una mejor interpretación y definición de transacción internacional, hay que acudir a la Ley 19/2003 de 4 de julio, sobre Régimen Jurídico de los Movimientos de Capitales y de las Transacciones Económicas con el exterior, entendiéndolo como cualesquiera actos, negocios, transacciones y operaciones entre residentes y no residentes que lo supongan, o bien de cuyo cumplimiento puedan derivarse cobros y pagos exteriores, así como las transferencias de o al exterior y las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior. Bien es cierto que a los efectos que ocupa el análisis de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, siempre ha de existir una inversión exterior española o, de lo contrario será necesario acudir a otros ordenamientos extranjeros, pero ante la falta de antecedentes legislativos y de jurisprudencia que sirvan de guía en este tipo de delitos, se deberá atender a lo dispuesto en esos otros ordenamientos, al objeto de completar las definiciones de los elementos del delito, aún cuando desde España solo haya tenido lugar la comisión delictiva de corromper, intentar corromper o atender a las solicitudes del funcionario. En caso de no estar comprometida una inversión exterior española habría que contemplar la posibilidad de acudir a esos otros ordenamientos extranjeros de referencia,<sup>434</sup> aquellos que correspondan a la nacionalidad del funcionario.

La forma en que el funcionario público ejecuta la contraprestación analizada a cambio del beneficio indebido entregado a cargo del particular, podría revestir un soborno impropio o un soborno subsiguiente. Ambas figuras son controvertidas por su atipicidad, según el caso concreto. Representan además conductas propias del cohecho pasivo, si bien merece la pena incidir en ellas a

---

<sup>434</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 751 y 752

propósito de los delitos del art. 286 ter, a fin de analizar si son conductas que pueden entenderse incluidas en estos delitos o no, pero siempre desde la perspectiva del particular.

#### d.1. Soborno impropio:

En la actualidad, la definición estricta de un soborno impropio es aquélla que mantiene la imagen contractual o de compraventa de funciones públicas. La solicitud, ofrecimiento o aceptación de una ventaja indebida por un acto u omisión del funcionario en el ejercicio de sus funciones no debe ser casual. La mayoría de las convenciones internacionales no recogen el castigo ni una definición expresa de estas modalidades impropias del soborno, consistentes en ventajas patrimoniales al funcionario en atención no a un acto determinado, sino al cargo que ocupa.<sup>435</sup> La actuación del funcionario puede consistir tanto en la ejecución de actos contrarios a los deberes inherentes del cargo como a los propios del cargo, de ahí que no siempre sea necesario que la contraprestación cuente con el carácter de ilícito.<sup>436</sup> Los actos propios del cargo, injustos, delictivos o abstenciones podrán versar sobre cualquier materia siempre que ésta pueda calificarse de pública. En general, podrá ser objeto del delito de cohecho cualquier actividad que deba ser desempeñada por un funcionario público, tanto administrativa o judicial,<sup>437</sup> como legislativa o política. Y para comprobar esta

---

<sup>435</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Op. Cit., p. 70

<sup>436</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., p. 750

<sup>437</sup> Con relación a los comportamientos de índole política y el denominado “transfuguismo” en la corrupción de parlamentarios u otros representantes populares, éstos han sido parcialmente contemplados en el Convenio del Consejo de Europa arts. 4 y 10, pero los votos tráfugas sobornables no tienen fácil cabida en el tipo del art. 445, pues obedecen a intereses políticos de cuño nacional, mientras que el injusto analizado se ubica en exclusiva en el tráfico económico mercantil y responde a operaciones mercantiles y societarias internacionales. Para la obtención o mejora de tales operaciones se puede recurrir al soborno de un político y lograr una contratación

injusticia habrá que remitirse a aquellas ramas del Ordenamiento Jurídico español o extranjero, que disciplinan cada una de las actividades públicas.<sup>438</sup>

El art. 286 ter no especifica si los actos injustos, discrecionales, pagos de facilitación o actos propios del cargo realizados con venalidad y a cambio de un beneficio o ventaja indebidos, deban quedar incluidos dentro del injusto típico. La actuación ha de tener por finalidad conservar o conseguir un contrato, negocio u otra ventaja competitiva en el ámbito del tráfico económico internacional.<sup>439</sup>

Existen posturas doctrinales que descartan el castigo del cohecho impropio en términos generales; ello se debe a las redacciones que ha experimentado el precepto 445 desde su incorporación al CP y en consideración a los textos internacionales, ya que tales conductas quedarían excluidas aunque estuvieran teñidas de venalidad, porque son en sí mismas conformes a la ley aplicable de la autoridad o funcionario de que se trate.<sup>440</sup> Con relación a la redacción legal del art. 286 ter se ha considerado que queda excluida la modalidad del cohecho impropio, dado que la conducta de ofrecer o conceder beneficios al funcionario sin vinculación a ningún acto concreto, sino únicamente “en consideración a su

---

determinada, aunque poco importará su tendencia política en cuanto a una ideología concreta u otra.

<sup>438</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 217

<sup>439</sup> Convenio de la OCDE art. 1.1 y de la UNCAC art. 16.1

<sup>440</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., adopta esta postura como conclusión literal y gramatical del precepto 445 bis con el Convenio OCDE y sus enmiendas al respecto; sin embargo, finalmente concluye que debería entenderse castigado toda clase de soborno siempre que sea idóneo para condicionar de forma determinante la actuación objetiva e imparcial del funcionario, pp. 108 y 110

función”, no se recoge de forma explícita.<sup>441</sup> Sin embargo, no deben perderse de vista los fines de protección de la norma, ya que la imparcialidad del funcionario público también puede verse afectada cuando se actúe a causa de la contraprestación, y ello a pesar de que la empresa hubiera realizado la mejor oferta o hubiera podido atribuirse legítimamente el contrato por otra vía. Lo único que se exige en el tipo analizado es que el acto al que se dirige la contraprestación sea irregular, y esa irregularidad se justifica en que no se hubiera podido conseguir la finalidad perseguida sin la contraprestación.<sup>442</sup> Desde un punto de vista fáctico, la principal dificultad de esta figura se centra en las prácticas socialmente aceptadas, tales como los regalos de cortesía o sobornos de facilitación. Algunas de esas prácticas cuentan incluso con incentivos legales, como pueden ser las desgravaciones fiscales o las acciones de *sponsoring* o patrocinio, además de otras formas de cooperación entre empresa privada y administraciones públicas.<sup>443</sup>

Sin lugar a duda se admite la posibilidad de que el particular cometa cohecho en el caso del cohecho pasivo impropio, es decir, castigando la conducta del particular que le ofrece al funcionario dádiva o regalo en consideración a su cargo.<sup>444</sup> Los actos u omisiones emitidas o provocadas por un agente público nacional o extranjero podrán realizarse en el desempeño de potestades regladas o vinculadas, o incluso podrán traer consecuencia de una

---

<sup>441</sup> PUENTE ABA, L. “Corrupción en las transacciones económicas internacionales, art. 286 ter”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Op. Cit., p. 924

<sup>442</sup> Vid. en este sentido y con relación al anterior art. 445 del CP, cuya redacción en este punto, era idéntica al contenido al art. 286 ter, CUGAT MAURI, M., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales” en GARCÍA ARÁN, M., Op. Cit., p. 341 y 342

<sup>443</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Op. Cit., p. 72

<sup>444</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, edición 20ª, Op. Cit., pp. 877 y 878



potestad reglada. El problema surgirá en las técnicas de control de su adecuación al Ordenamiento Jurídico, las cuales difieren sustancialmente en cada una de dichas clases de acto, teniendo en cuenta las diferencias y especialidades normativas que pueden existir y concurrir en el Estado extranjero al que sirve el funcionario público extranjero. El Convenio de la OCDE, a su vez, exige el castigo de la entrega de ventajas orientadas a lograr por parte del funcionario público extranjero la realización de un acto dotado de discrecionalidad.<sup>445</sup> Más allá de los actos discrecionales, se puede concluir que las decisiones administrativas adoptadas mediante soborno también integran los actos de corrupción activa, que el Ordenamiento Jurídico español penaliza, independientemente de que la sociedad interesada fuera o no el licitador mejor cualificado o de que fuera una sociedad a la que se le hubiera podido adjudicar regularmente el contrato.<sup>446</sup> En principio no se deberían excluir del tipo los actos propios del cargo, si bien tampoco se deberían considerar comprendidos los pagos de facilitación, ya que en algunos países tales pagos se llevan a cabo para inducir a los servidores públicos a cumplir con sus funciones, tales como expedir licencias o permisos que en general son ilegales en el país extranjero en cuestión. Opinión distinta es, en cambio, la de SÁNCHEZ BENITO, quien se decanta por incluir los pagos de facilitación dentro del círculo de conductas punibles de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, estimando que solo la entrega de aquellos de escaso valor podría considerarse una acción

---

<sup>445</sup> Comentarios al Convenio de la OCDE, adoptados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, art. 1 n°4: *“la expresión otros beneficios irregulares se refiere a algo a los que la sociedad en cuestión no tendría derecho claramente, por ejemplo, una licencia de explotación para una fábrica que no cumpliera los requisitos legales.”*

<sup>446</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 109, en interpretación de los Comentarios al Convenio de la OCDE, adoptados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, art. 1 n° 3

atípica, ya que carece de capacidad objetiva necesaria para corromper al funcionario extranjero.<sup>447</sup> La dialéctica sobre su inclusión no debería quedar tan subordinada a un criterio cuantitativo, ni de una comparación de la tradición jurídica española con los documentos internacionales, ya que estos últimos no se pronuncian de forma expresa. Se debe atender a un criterio cualitativo de la idoneidad de ese pago de facilitación, equivalente al concepto de las dádivas ya analizadas, para conseguir el propósito corrupto perseguido. De igual modo, la intencionalidad de la conducta, tanto del que corrompe como del que se deja corromper, resulta fundamental para determinar si un pago de facilitación ha de encuadrarse en conducta típica del art. 286 ter. El elemento común de todas las modalidades de soborno es el carácter injusto o indebido del acto de contrapartida del beneficio o ventaja indebidos. La definición del término injusto, empleada por la doctrina para el análisis de los delitos de cohecho, ha de ponerse en relación con el calificativo indebido. Desde un punto de vista subjetivo, la injusticia radica en una contradicción del acto o resolución emitida por el funcionario en relación a su conciencia; el acto deberá ser contrario al Ordenamiento Jurídico y el funcionario deberá adoptar de forma consciente la resolución de su injusticia material.<sup>448</sup> Toda actividad pública merece la calificación de injusta cuando media un beneficio o ventaja indebidos para el funcionario, porque se estaría conculcando el principio de imparcialidad.<sup>449</sup> Objetivamente, esa injusticia debe atenerse estrictamente a lo que marca el derecho positivo. Lo esencial estriba en no transgredir la

---

<sup>447</sup> SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit, p. 234

<sup>448</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 213

<sup>449</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 207 y 208

legalidad vigente,<sup>450</sup> que en este supuesto sería la legalidad extranjera. Nuevamente y respecto a la punibilidad de los actos injustos, se puede aplicar el criterio cualitativo de la idoneidad y la intencionalidad para los pagos de facilitación. Cualesquiera actuaciones impropias realizadas no deben entenderse solo desde la perspectiva técnica de los actos administrativos, sino desde la óptica más amplia del acto derivado del cargo.<sup>451</sup>

#### d.2. Soborno subsiguiente:

Por regla general, el art. 286 ter castiga el soborno previo, ya se haga efectivo ya solo se prometa, porque antecede y condiciona la finalidad del beneficio irregular o consecución del contrato.

Es importante que entre el beneficio indebido y el acto objeto del delito exista siempre una relación remuneratoria. El ofrecimiento, promesa o entrega de un beneficio o ventaja indebidos se suele realizar generalmente con anterioridad a la ejecución del acto propio del cargo. Sin embargo, una ejecución efectiva por parte del funcionario supondría la falta de influencia en la consumación del delito. El injusto se consuma aún cuando el funcionario no dé ni siquiera inicio a la ejecución del acto prometido.

La diferencia fundamental entre el soborno subsiguiente y el soborno antecedente es que el funcionario realiza un determinado comportamiento, que puede ser tanto conforme como contrario al

---

<sup>450</sup> A propósito del cohecho, la doctrina y jurisprudencia han abogado mayoritariamente por la tesis objetiva, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Op. Cit., p. 347; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 214; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 107

<sup>451</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 191 a 193

deber público, sin que haya existido acuerdo previo con el particular.<sup>452</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, también es posible que los actos se ejecuten primero y luego se reciba el beneficio o ventaja, perfeccionando el acuerdo entre funcionario y particular.<sup>453</sup> Siempre debe existir una conexión causal entre la dádiva o beneficio indebido y el acto a realizar. En caso de no poder probarse tal relación, difícilmente podría hablarse de cohecho, por más que la recompensa pudiera ser peregrina o indicativa de algún acto de favorecimiento que el funcionario pudo haber realizado antes y a favor del particular.<sup>454</sup>

La figura del soborno subsiguiente ha sido criticada desde el punto de vista material, porque la afección al bien jurídico de la imparcialidad resulta difícil cuando el pacto tiene lugar tras el comportamiento del funcionario, dado que se compromete la imparcialidad del funcionario en relación a actos futuros aún sin determinar.<sup>455</sup> Al hilo de esta imparcialidad, hay que recordar que el bien jurídico protegido de los delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales son pluriofensivos y afectan en esencia al tráfico comercial internacional, junto a la competencia leal del mercado, por lo que este único argumento no resultaría suficiente para excluir la punibilidad del cohecho subsiguiente.

---

<sup>452</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Op. Cit., p. 73

<sup>453</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 209 y 210

<sup>454</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 20ª edición, Op. Cit., pp. 875 a 877

<sup>455</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Op. Cit., p. 75

La posibilidad de que el art. 286 ter, en concreto su homólogo y anterior art. 445, contemple un soborno subsiguiente no fue pacífica. Si se delimita la recompensa sobre una actuación corrupta ya realizada, se deberá probar que derivaba de una promesa previa y verificada con el agente público. Las recompensas que no fueran prometidas o esos regalos inesperados que entregase el particular agradecido al funcionario extranjero, podrían merecer su castigo únicamente en el campo administrativo y en aras de la tutela de la Administración Pública.<sup>456</sup> La pregunta y el problema surgen cuando se plantea si la recompensa, tras la conservación, obtención de un contrato o negocio, condiciona o no las relaciones comerciales internacionales, y si el soborno subsiguiente conculca el bien jurídico. El funcionario que después de un acto exige la dádiva, beneficio o ventaja indebidos al particular, como gratificación de lo que ya ha realizado, provoca que tal conducta pueda calificarse como un soborno subsiguiente, pues aunque no existiera una promesa antecedente, pudo tener lugar un *pactum sceleris*. Es fundamental que, al menos por el particular, exista un conocimiento o una aprobación de que el funcionario realizará un acto corrupto que le irá a reportar alguna ventaja. La aquiescencia del particular sobre la conducta del funcionario conlleva aceptar implícitamente la posible remuneración posterior a su costa.

La aplicación de la modalidad del cohecho de recompensa al tipo de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales resulta controvertida con vistas al análisis de la terminología empleada en el precepto: “*con el fin de que el funcionario (...)*”. Esta finalidad podría indicar que la dádiva entregada

---

<sup>456</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 111

mediante ofrecimiento, promesa o concesión nunca es subsiguiente, porque el propósito o fin apuntado podría referirse a conductas futuras.<sup>457</sup> La finalidad de que el funcionario público actúe o se abstenga de actuar en relación al ejercicio de funciones públicas para conseguir, conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, obedece más bien a una intencionalidad que impregna toda la actuación corrupta, y no exclusivamente a la exposición de una conducta futura.

Es cierto, no obstante, que el Convenio de la UE y su Informe Explicativo denotan la falta de penalización y tipicidad de la recepción de una ventaja o beneficio del funcionario,<sup>458</sup> tras la realización de un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, siempre que no hubiese mediado previamente un acuerdo corrupto o, en su caso, un ofrecimiento, promesa o concesión. Si media una contraprestación pero no se condiciona a la posterior realización de un acto por parte del funcionario, se trataría de una conducta impune.<sup>459</sup> El Informe explicativo del Convenio de la OCDE, interpretó que la solicitud o aceptación debían ser anteriores al acto u omisión del funcionario, no quedando los Estados parte obligados a tipificar como delito penal el hecho de recibir una

---

<sup>457</sup> Así lo han interpretado BENITO SÁNCHEZ, D., Op. Cit., p. 237, y NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el comercio internacional*, Op. Cit., p. 16

<sup>458</sup> Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, Texto aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998, Diario Oficial C 391 de 15.12.1998. Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997, apartado 2.5 y 3.2, y también en esta línea defiende la misma postura BENITO SÁNCHEZ, D., Op. Cit., pp. 237 y 238

<sup>459</sup> CUGAT MAURI, M., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en GARCÍA ARÁN, M., Op. Cit., pp. 336 y 337

ventaja después de llevar a cabo un acto, sin que haya mediado una solicitud o aceptación previas.

El legislador español no ha contemplado de forma expresa la interpretación de un soborno subsiguiente en el art. 286 ter, excluyendo las dádivas subsiguientes como recompensa por las actuaciones o abstenciones anteriores.<sup>460</sup>

Las conductas de soborno impropio y soborno subsiguiente son propias de la actuación del funcionario público, la cual no está penada en el art. 286 ter. La forma en que se materializa la contraprestación del funcionario público puede constituir la modalidad de un cohecho impropio, siempre que el beneficio o ventaja indebidos puedan vincularse a alguna actuación concreta del funcionario dentro de las finalidades que marca el tipo, obviando el supuesto de la contraprestación ofrecida en consideración a la función. El particular también será castigado por corromper o intentar corromper al funcionario público según las finalidades concretas previstas en el tipo, incluso cuando lo que pretenda sea conseguir un trato preferente o acelerar la adjudicación de un contrato o negocio en el ámbito internacional. En el supuesto de que la acción del particular consista en retribuir una contraprestación ya realizada, la conducta será impune conforme a estos delitos, ya que la intencionalidad para corromper y desviar la función pública para obtener una ventaja de forma arbitraria e indebida, debe ser siempre anterior o simultánea a la entrega de la dádiva. El beneficio o ventaja indebidos es el presupuesto y la condición antecedente para que posteriormente tenga lugar la prosecución o consecución de un contrato, negocio o ventaja en el tráfico económico internacional. Y dicho orden no puede invertirse.

---

<sup>460</sup> GARCÍA ALBERO, R., "Art. 286 ter", en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la Reforma de 2015*, Op. Cit., pp. 575 y 576

## C) Elementos subjetivos del injusto

### c.1. Dolo

El tipo penal del art. 286 ter admite únicamente la comisión dolosa, y no prevé el castigo a título de imprudencia.<sup>461</sup> En el ámbito de la corrupción transnacional, el dolo se inscribe dentro de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales solo para aquellos sujetos que conozcan y compartan todos los elementos objetivos de la tipicidad.<sup>462</sup>

A fin de esclarecer el concepto de dolo en estos delitos, conviene realizar *ex initium* una revisión de la definición del dolo en lo que al cohecho transnacional se refiere. El examen de la ilicitud en el tipo subjetivo debe centrar la atención en la propia intención subjetiva, entendida como la concreta imputación de intención al sujeto que realiza la acción. La ilicitud posibilita enjuiciar la conducta según su ofensividad, valiéndose para ello de la intencionalidad de la acción, la cual se concreta en la existencia o no del compromiso del sujeto en el mismo hecho de actuar. La ilicitud, por lo general, se concibe como el dolo del compromiso y comprende las consecuencias del delito y toda la infracción normativa de la conducta. El dolo comporta tener conciencia, conocimiento del hecho y voluntad de realizar el hecho injusto. El sujeto que actúa dolosamente acepta, en principio, todas las consecuencias que

---

<sup>461</sup> Art. 12 CP, “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.” Este artículo revocó el sistema de incriminación abierta de las modalidades existentes antes del CP 1995

<sup>462</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 114



se deriven de su conducta.<sup>463</sup>

Tradicionalmente, la doctrina ha venido considerando el delito de cohecho como un delito eminentemente doloso. La razón de la exclusión de las figuras imprudentes obedece, entre otros argumentos, a que la presencia de elementos subjetivos del injusto en la estructura típica de este delito implica por principio un grado de conocimiento y voluntad no conciliables con la comisión culposa.<sup>464</sup>

Los documentos internacionales que anteceden al precepto analizado indican que los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales son dolosos. El artículo 1.1 del Convenio de la OCDE contempla el adverbio modal “*deliberadamente*” al definir las conductas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, y el Convenio de la UNCAC en el art. 16.1 introduce la locución “*se cometan intencionadamente*”, todo lo cual parece indicar que solo tendrán cabida los actos dolosos.

La propia naturaleza de la conducta penada es incompatible con la responsabilidad culposa imprudente. La comisión dolosa ocurre únicamente en tanto en cuanto el sujeto tenga siempre una perfecta consciencia de que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión persigue corromper a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, produciéndose la misma conducta dolosa cuando el sujeto atienda a la solicitud de aquellos.<sup>465</sup> De igual modo, el funcionario debe ser consciente del carácter y la finalidad de la solicitud, así como de la aceptación y la recepción de la dádiva o promesa del beneficio indebido, aunque no es imprescindible en los delitos del

---

<sup>463</sup> ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal, Parte General*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 304 a 306

<sup>464</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 227

<sup>465</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, Parte Especial*, 16ª edición, Op. Cit., p. 866

art. 286 ter, dado que no se castiga el soborno pasivo. Mientras haya dolo, será indiferente el móvil que impulse al funcionario a aceptar el acuerdo corrupto. Será igualmente irrelevante que el soborno le reporte un beneficio para sí mismo o para un tercero.<sup>466</sup> Los elementos objetivos que componen la tipicidad de estos delitos exigen que el dolo implique desde el acuerdo corrupto de voluntades y la aportación de un beneficio o ventaja indebidos al funcionario público, hasta la pretensión de obtener una contraprestación del funcionario.<sup>467</sup>

El tipo analizado se encuentra además subjetivamente configurado, por cuanto conlleva dos finalidades aparentemente subjetivas: el fin de que las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales actúen o se abstengan de actuar en relación al ejercicio de funciones públicas, y el fin de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.<sup>468</sup> Sin embargo, dichos fines no se estudiarán como elementos dentro del dolo, sino dentro de los elementos objetivos del tipo, ya que de esta forma se entiende de manera más sencilla y ordenada la contraprestación del funcionario como elemento de la acción. En el presente trabajo ambas finalidades han sido encuadradas dentro del análisis de los modos de comisión del delito, porque no solo definen la propia acción de corromper del sujeto activo, sino que también especifican la contraprestación del funcionario público español o extranjero. Constituyen el resultado que se persigue mediante la acción, y suponen una tendencia externa de todos los elementos del delito. Las conductas consistentes en corromper a una autoridad o funcionario o atender a sus solicitudes corruptas, se incardinan en unas acciones excesivamente vagas y genéricas, de forma que si no se les atribuye un complemento directo, su tipificación sin más vulneraría el

---

<sup>466</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 20ª edición, Op. Cit., p. 874 y 875

<sup>467</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ALVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), Op. Cit., pp. 749 a 752

<sup>468</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Op. Cit., p. 370

principio de seguridad jurídica.<sup>469</sup> Los fines enunciados son los que configuran tal complemento, porque penar la simple acción de corromper sin un complemento directo del verbo provocaría una incertidumbre al justiciable, y brindaría una carta blanca al poder judicial para castigar arbitrariamente cualesquiera conductas corruptas en un marco económico comercial internacional. Un acto corrupto, el que fuere, puede ser constitutivo de la acción de corromper y por ello tales propósitos desempeñan un papel fundamental para determinar la tipicidad de las conductas. Bien es verdad que las finalidades mencionadas tienen un cierto componente subjetivo, como ya se ha adelantado, habida cuenta de que significan un deseo interno, una finalidad que el sujeto activo quiere y conoce antes de realizar la acción, pero también constituyen elementos normativos sin los cuales la conducta sería atípica. Evidentemente, este último argumento posee más peso que la evaluación de la subjetividad a la hora de insertarlas en el dolo. Así pues, la presencia o ausencia de dichos elementos finalistas determina la tipicidad o atipicidad de la acción, siendo por tanto algo distinto del dolo.<sup>470</sup>

Por consiguiente, para apreciar el dolo en estos delitos se hace necesario que el sujeto activo persiga que el funcionario actúe u omita realizar un acto que debería practicar de forma regular en el ejercicio de sus funciones públicas, y a su vez persiga la conservación o consecución de un contrato u otro beneficio

---

<sup>469</sup> Las posturas doctrinales en torno a considerar estas finalidades como elementos subjetivos u objetivos son dispares. FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., pp. 104 y 105, y SÁNCHEZ TOMÁS, J., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), Op. Cit., pp. 746 a 749, por su lado, las ubican en epígrafe distinto a la del dolo y a la vertiente objetivo-normativa. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., pp. 209 a 217, las analiza dentro del comportamiento del sujeto y de la acción típica, sin perjuicio de traerlas a colación en la definición del dolo. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y BLANCO CORDERO, Op. Cit., pp. 19 a 24, y BENITO SÁNCHEZ, D., Op. Cit., pp. 257 a 267, estudian estas finalidades dentro del tipo subjetivo del tipo.

<sup>470</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal, Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 254; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 9ª edición, Op. Cit., pp. 269 y 270; MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, Op. Cit., p. 296, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Parte General del Derecho penal*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 337, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 217

irregular en el marco de actividades económicas internacionales. En este punto no resulta imprescindible que el funcionario llegue a obtener los objetivos pretendidos por el sujeto activo, porque se trata de un delito de resultado cortado. Lo relevante es la intención dolosa del corruptor al realizar la acción típica dirigida a la obtención de un resultado independiente de él.<sup>471</sup> Los propósitos del sujeto comprenden no solo los casos en los que pretenda conseguir un beneficio irregular, sino también los casos en los que persiga conservar un beneficio ya obtenido, supuesto que entraría en la órbita del soborno subsiguiente, según se tuvo ocasión de analizar en el epígrafe anterior con motivo de la entrega de la dádiva tras la realización del acto corrupto.

La intencionalidad del sujeto activo, y en principio la del funcionario, debe incluir una pretensión inexorable por alcanzar un beneficio. En el momento en que se persigue conseguir o conservar un contrato, se pretende lograr un beneficio irregular a pesar de que la consecución del contrato no siempre pueda alcanzarse de forma aparentemente regular, como es el caso del soborno impropio. Hay que destacar que existe una laguna de punibilidad con relación al soborno impropio practicado en el ámbito de la corrupción de las transacciones comerciales, dado que podría resultar impune la conducta de quien corrompe a un funcionario público extranjero para que éste ejercite un poder discrecional, si no constituye un delito ni un acto injusto en la legislación del país del funcionario público extranjero. Dicha laguna no debe entorpecer, sin embargo, el análisis del dolo, pues evidentemente hay que examinar la intención del sujeto activo en los actos precedentes de entrega o promesa de un beneficio indebido al funcionario extranjero o, en su caso, español. Si existe dolo para ofrecer o concertar el acuerdo corrupto queda de manifiesto que existirá una actuación delictiva, al margen de que la actuación ejercitada por el funcionario sea reglada o no. En consecuencia, se convierte en *conditio sine qua non* que exista una tendencia interna y externa en

---

<sup>471</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, Op. Cit., p. 19

el sujeto para obtener ese beneficio irregular y, aunque el acto pudiera parecer regular, siempre esconderá una obtención indebida y una forma irregular para lograrlo.

El art. 286 ter se configura como un delito de tendencia. No se trata de una tendencia interna trascendente, sino de una tendencia que se exterioriza sobre todos los elementos del tipo. Dicha tendencia se materializa a través de la actuación concreta del sujeto y mediante la contraprestación del funcionario. La acción se define como la expresión de la tendencia subjetiva del agente, de tal manera que resulta típica únicamente en caso de que su ejecución externa vaya acompañada de esa disposición dolosa interna.<sup>472</sup>

Por otra parte, la modalidad del dolo eventual para estos delitos fue objeto de debate. En principio, el dolo eventual debía ser incompatible con la propia dinámica delictiva. La exclusión del dolo eventual podría quedar justificada en el contenido intencional que emerge de la relación medial entre el beneficio a aportar por el particular y el que le reportaría al funcionario. Dicha relación medial no se puede desligar del hecho de que el sujeto activo pretenda un fin concreto y que, además, seleccione un medio concreto e idóneo para su consecución. No es lógico suponer que el sujeto negocie con mediación de una dádiva u otro beneficio o ventaja para conseguir unas determinadas finalidades contractuales en el tráfico económico internacional, y después no quiera expresamente el resultado, aunque lo acepte. La mencionada tendencia que marca los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se hace patente sobre todos los elementos del tipo y por ello, a fin de apreciar la tipicidad en tales conductas, resulta imprescindible que el sujeto quiera y acepte el resultado corrupto al que aspira, o de lo contrario no ofrecería o entregaría una dádiva. Este elemento volitivo y cognitivo del dolo directo se acomoda mal a la

---

<sup>472</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal, Parte General*, Op. Cit., p. 255

estructura subjetiva del dolo eventual.<sup>473</sup>

No obstante, para algunos autores sí es factible el dolo eventual en dichos delitos en base al significativo anteproyecto de Ley, que preveía la modificación del CP<sup>474</sup> para incorporar el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, donde figuraba el adverbio modal “*deliberadamente*”. El término “*deliberadamente*” comportaba la trasposición literal del Convenio de la OCDE, pero nunca llegó a plasmarse en la antigua redacción de estos delitos.<sup>475</sup>

La voluntariedad de sobornar es absoluta y parece difícil su incompatibilidad con los estadios intermedios en tal venalidad. En la sociedad actual es imposible negar que no se querían todos los resultados que la corrupción a un funcionario produce, aunque se hubieran aceptado como probables. Si se aceptan es que se conocen, siendo indiferente el grado de discernimiento o comprensión jurídica del ilícito por parte del sujeto en este tipo de delitos.

Al hilo de lo anterior, cabría imaginarse la posibilidad de que un particular aceptase las pretensiones planteadas por un agente público, pero con la duda de si tales condiciones constituyen un requisito legal conforme al ordenamiento del que se trate o si, por el contrario, no son más que el pago ilícito que compensaría un trato de favor. Incluso cuando se llegara a realizar un determinado pago a un funcionario público de otro país sin que el sujeto conociese la ilicitud de tal pago, se trataría de un acto cargado de voluntariedad y venalidad.<sup>476</sup> Sin embargo, existen también interpretaciones que estiman que en el cohecho internacional son

---

<sup>473</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), Op. Cit., pp. 752 y 753

<sup>474</sup> LO 7/2000 de 22 de diciembre

<sup>475</sup> BENITO SÁNCHEZ, D., Op. Cit., pp. 259 y 260, admite el dolo eventual, y FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., opta por posicionarse solo a favor del dolo directo, excluyendo el dolo eventual, p. 115

<sup>476</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 114

perfectamente imaginables situaciones de dolo eventual, es decir, aquellas en las que, por ejemplo, un representante de una empresa acepta entregar una cantidad de dinero a un funcionario público de otro Estado, dudando de la desvalorización de la acción y la ilegalidad en el ordenamiento jurídico de ese país. Y si aún así se comete el soborno y el sujeto se conforma solo con la posibilidad de que su conducta resulte ilícita, en ese caso podría tratarse entonces de un dolo eventual.<sup>477</sup> En este ejemplo sería más adecuado valorar el papel del error, el cual se analizará de forma más detallada a continuación. Admitir un posible resultado corrupto y conformarse con la duda de que el pago realizado pudiera ser un delito, significa en sí mismo un dolo directo. Es cierto que el sujeto puede no conocer el ordenamiento jurídico extranjero, pero si su país de procedencia es España sabrá o deberá saber que los sobornos a funcionarios públicos constituyen un acto irregular e ilegal.

Por regla general, y salvo supuestos enrevesados que pudieran presentarse en complejos entramados corruptos, la literalidad del art. 286 ter exige el dolo directo, resultando muy difícil interpretar los actos de corrupción en los que la voluntariedad de su autor no queda meridianamente clara.<sup>478</sup>

## c.2. Error

El error puede definirse como aquella situación en la que se produce una divergencia entre lo que sucede realmente y lo que se representa el sujeto. Tal

---

<sup>477</sup> BENITO SÁNCHEZ, D., Op. Cit., pp. 259 y 260

<sup>478</sup> En especial en los casos en los que concurre un error en el soborno, si bien VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., lo ha analizado en torno a la culpabilidad, planteando si cabrían formas imprudentes de culpabilidad: “si interviene la presencia de un error de tipo o un error de prohibición, se sumaría además la dificultad de la concurrencia de varios sujetos, el particular y el funcionario, ya que el elemento intelectual y volitivo del dolo no tiene por qué ser valorado de la misma forma en ambos sujetos”, pp. 228 y 229

discrepancia entre la realidad y la representación del autor se manifiesta en error, que consista bien en un error de desconocimiento o ignorancia de la realidad del sujeto o bien en un error de la creencia incierta o la falsa representación de la realidad.<sup>479</sup> El error de tipo es aquél que recae sobre los elementos que integran el tipo objetivo, y el error de prohibición afecta a la antijuridicidad de la conducta,<sup>480</sup> por ello se centrará la investigación en el error de tipo ubicado junto con el dolo, sin perjuicio de una sucinta y posterior mención al error de prohibición.

El planteamiento del error comporta una indudable trascendencia en Derecho penal, ya que durante mucho tiempo el ordenamiento positivo careció de una regulación sistemática, pero es a partir de la promulgación de la CE cuando un derecho punitivo inspirado en los principios de un estado social y democrático de Derecho no podía prescindir de una regulación del error. La reforma de la LO 8/1983 del anterior CP de 1973 cubrió el vacío legal y distinguió entre el error de tipo y el de prohibición con efecto exculpante. Hoy día, el CP se refiere al error en el art. 14,<sup>481</sup> definiéndolo como el desconocimiento, es decir, la falta de representación o la representación equivocada de alguno o de todos los hechos constitutivos del tipo realizado, o de su significación antijurídica. El citado precepto es aplicable a todo el Libro II del CP y, por tanto, también lo es para los delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales.

---

<sup>479</sup> PÉREZ ALONSO, E., *El error sobre las circunstancias del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 19, y también QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho penal, Parte General*, 3ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 154

<sup>480</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; MARTÍN LORENZO, M.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., *Derecho Penal, Introducción teoría jurídica del delito, Materiales para su docencia y arbitraje*, edición digital, UCM, Madrid, 2012, p. 138

<sup>481</sup> Art. 14: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena en uno o dos grados”.



El error de tipo contribuye a definir el dolo, debido a que su significado no queda precisado ni clasificado en el CP. Una de las formas para delimitar el dolo con mayor rigor se halla en una interpretación *a sensu* contrario de lo dispuesto en el art. 14 del CP, pues cuando este precepto regula la notabilidad del error en el ámbito penal, también está incidiendo en la consideración de su reverso, esto es, el conocimiento. De este modo puede definirse el error como el desconocimiento, acudiendo para ello al art. 14 del CP y perfilando el objeto del dolo, por cuanto debe referirse al hecho típico, es decir, a cada uno de sus elementos.<sup>482</sup> Éstos son, en esencia, los objetos susceptibles de generar un error penalmente significativo. Por consiguiente, la concurrencia de este tipo de error anula el dolo y, a lo sumo, podría conducir a reprochar el hecho típico y antijurídico a título de imprudencia.<sup>483</sup> El dolo tiene que aportar, en forma profana, la valoración extrapenal y el resultado jurídico correcto. Es por ello que el desconocimiento de la situación jurídica constituye frecuentemente un error de tipo excluyente del dolo.<sup>484</sup>

En caso de que concurra error en los delitos de cohecho, por lo general hará referencia a la naturaleza delictiva justa o injusta del acto de contrapartida de la dádiva o beneficio indebido.<sup>485</sup> Respecto a lo que atañe a este análisis, conviene destacar solo la incidencia del error sobre el sujeto activo o particular, pues aquel error que sufra el funcionario público extranjero es de todo irrelevante a efectos punitivos del Ordenamiento Jurídico español.

La atención del error en los delitos de corrupción de las transacciones

---

<sup>482</sup> Y ello sin perjuicio de que el error también pueda afectar a la significación antijurídica y a la ausencia o concurrencia de causas de justificación, si bien será insual que se planteen en supuestos de delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

<sup>483</sup> QUINTANAR DÍEZ, M. (dir) y ORTIZ NAVARRO, J. F., *Elementos de Derecho penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 97

<sup>484</sup> TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal Económico, Parte General y Especial*, Op. Cit., pp. 167 a 169

<sup>485</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 253

comerciales internacionales ha de recaer sobre el beneficio o ventaja indebidos ofrecido, prometido o concedido, porque, tal como se tuvo ocasión de analizar anteriormente, las finalidades de estos delitos, conservar o conseguir un contrato, pueden constituir actos reglados; siempre que medie una dádiva o beneficio indebido se tratará de una conducta típica y punible. No tendría sentido que el error recayese sobre una de estas finalidades contractuales, ya que el sujeto puede creer o entender que la prosecución de conservar o conseguir el contrato o negocio constituye un acto reglado, pero desde el momento en que participa en el intercambio de una dádiva con un funcionario público es ya plenamente consciente de la ilicitud en la forma de obtener esa finalidad, pues la ventaja indebida entregada determina que la adjudicación del contrato ha alterado el proceso normal.

Sin duda, el problema de la apreciación del error reside en la consideración del sujeto activo sobre la licitud de la dádiva o beneficio o ventaja indebidos. Pueden darse dos supuestos en cuanto a si el error es de hecho de tipo, si es vencible o no. El sujeto puede entender que un regalo de cortesía no representa el tipo delictivo de soborno. Un regalo de cortesía exigido como un beneficio indebido, una vez logrado o conservado un contrato por el funcionario público en el seno de la actividad comercial económica e internacional, puede significar para el sujeto una comprensión difícil sobre la ilicitud de ese beneficio. A primera vista puede tratarse de un error sobre el curso causal si el resultado es el perseguido inicialmente, aunque se ha producido por otra vía, a través de un curso causal diferente al que el sujeto activo había imaginado. En este supuesto no sería aplicable la previsión del art. 14, porque la desviación del curso causal ha sido imprevisible para el sujeto activo; se excluirá pues la imputación objetiva.<sup>486</sup> Pero si al caso se añade el valor económicamente valorable de que ese

---

<sup>486</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; MARTÍN LORENZO, M.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., *Derecho Penal, Introducción teoría jurídica del delito, Materiales para su docencia y arbitraje*, Op. Cit., p.146;

beneficio es ínfimo, se complica aún más el entendimiento del sujeto para diferenciar si la conducta es delictiva o no. He ahí los casos paradigmáticos del soborno subsiguiente, que por regla general no se incluyen en el tipo del art. 286 ter, y la importancia que reviste la adecuación social de la dádiva, beneficio o ventaja indebidos. El error sobre la ilicitud del beneficio indebido es un error de tipo, pues los elementos del tipo son elementos típicos en el sentido que dispone el art. 14.3 CP.<sup>487</sup>

Podría también imaginarse el supuesto de que el error recayera sobre la cualidad del funcionario público, y en tal caso se podría apreciar un error del tipo objetivo, encuadrable en el art. 14.1, que podría castigarse como imprudente si fuera vencible, pero como el art. 286 ter no admite la modalidad imprudente, la conducta podría quedar impune al igual que si fuera invencible. Ello conduciría a que la responsabilidad penal también quedaría excluida.<sup>488</sup> Dicha solución no es la más lógica ni equitativa, ya que quien conoce y comprende la ilicitud de un soborno, no debe beneficiarse de la impunidad por desconocer la cualidad del funcionario público, lo que a su vez es poco creíble, dado que la finalidad del precepto del art. 286 ter se articula en torno a la condición de funcionario público para lograr un contrato o negocio en el marco económico internacional, en especial cuando la corrupción entre particulares está penada en el art. que precede a los delitos analizados. En ese remoto supuesto la conducta sería impune conforme al art. 286 ter, pero podría castigarse conforme a un delito de

---

[http://eprints.ucm.es/16044/2/DERECHO\\_PENAL\\_MATERIALES\\_PARA\\_SU\\_DOCENCIA\\_Y\\_APRENDIZAJE.pdf](http://eprints.ucm.es/16044/2/DERECHO_PENAL_MATERIALES_PARA_SU_DOCENCIA_Y_APRENDIZAJE.pdf) ( 21/09/2015)

<sup>487</sup> RORÍQUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 254. La autora refiere el error de tipo a la dádiva en el cohecho pasivo, no obstante es aplicable al injusto del art. 445 en relación a la calificación del error sobre el beneficio indebido.

<sup>488</sup> SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit, pp. 267 y 268. Por otro lado, CEREZO MIR, J., *La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios*, ADPCP, 1985, Vol. 38, nº 2, p. 281, estima que el error de prohibición puede plantearse tanto en los delitos dolosos como en los culposos, no debiendo afectar la regulación del error de prohibición invencible a la calificación del delito como doloso o culposo, sino que daría lugar, en ambos casos, únicamente a una atenuación de la pena.

corrupción entre particulares o de tráfico de influencias, según los casos. Resulta prácticamente imposible que el sujeto activo que quiera y conozca las finalidades del tipo del art. 286 ter, desconozca la condición de funcionario público del agente a quien soborna, pues precisamente se soborna a un funcionario público con potestad para desviar la función pública y adjudicar esa ventaja, negocio o contrato en un marco económico internacional al sujeto activo.

Deberán ser los tribunales, quienes, según su arbitrio, estimen la concurrencia y relevancia del error para su aplicación al caso concreto. Por tanto, el error sobre la condición del funcionario público podría calificarse como delito imposible.

Las soluciones que finalmente se alcancen en materia de error tienen que ser congruentes y respetuosas con el principio de responsabilidad subjetiva, plasmado en el art. 5 CP, y que también recoge la propia definición de infracción penal dada en el art. 10 CP. Este principio de responsabilidad subjetiva se ha de buscar en el error de tipo sobre los elementos esenciales y sobre los elementos accidentales del delito que agravan la pena, así como en materia de comunicabilidad de las circunstancias del delito, las circunstancias agravantes y atenuantes a los partícipes, art. 65 CP. Hay que establecer un nexo de conexión personal entre el sujeto y el hecho delictivo o el motivo de agravación o atenuación de la responsabilidad criminal, al objeto de encontrar una congruencia entre la tipicidad objetiva y la representación subjetiva del autor.<sup>489</sup>

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o una circunstancia agravante impedirá su apreciación, sin importar si era vencible o invencible.<sup>490</sup> Así pues, se deben incluir en este ámbito las agravantes de carácter genérico y

---

<sup>489</sup> PÉREZ ALONSO, E., *Error sobre las circunstancias del delito*, Op.Cit., p. 22

<sup>490</sup> Art. 14.2 del CP

específico. Precisamente éste sería el supuesto de la corrupción en las transacciones comerciales, en caso de que el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad, y sin que dicha circunstancia fuera conocida por el sujeto activo.

- Error de prohibición

El error de prohibición debería encuadrarse dentro de la culpabilidad, no obstante debido a su conexión con el error de hecho y con los supuestos hipotéticos observados merece un breve análisis en este apartado.

Es sujeto activo puede creer que en el país extranjero al que pertenece el funcionario público el soborno no es delito, sino una práctica habitual en los negocios comerciales internacionales.<sup>491</sup> Concurrirá un error de prohibición cuando el sujeto desconozca la ilicitud del soborno en el país extranjero en el que se comete, porque desconozca la regulación del soborno en dicho país extranjero,<sup>492</sup> aunque probablemente no desconozca que el soborno es punible en

---

<sup>491</sup> En este sentido debe traerse a colación lo descrito por TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal Económico, Parte General y Especial*, Op. Cit., pp. 169 y ss., con relación a lo que denomina el elemento inadecuado, *Unangemessenheit*, aludiendo a que una gran parte de la doctrina alemana se conforma con valorar el conocimiento de las circunstancias por parte del autor, sin exigir que éste conozca realmente la valoración normativa del injusto. Refiere el autor la opinión minoritaria, entre ellos, ROXIN, C., *Strafrecht AT*, tomo 1, 10, N.N. MARG. 45 y ss., N.N. MARG. 105, que fundamenta el resultado a través de la tesis de que hay elementos normativos del tipo que caracterizan el injusto de manera tan contundente que cuando se presentan, suponen de por sí la afirmación de la antijuridicidad. El error sobre una circunstancia del hecho, que aparece revestida como un elemento del juicio de la antijuridicidad, constituye un error de prohibición y no un error de tipo.

<sup>492</sup> Al contemplar los supuestos de error que atañen a la legislación extranjera del país al que sirve el funcionario público extranjero en cuestión, se presenta el injusto, en cierto modo como una norma penal en blanco, cuya laguna puede ser colmada por las normas complementarias, aplicando así la teoría de la *lectura conjunta* defendida por TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal Económico, Parte General y Especial*, Op. Cit., pp. 164 a 166

España, cuya legislación penal castiga el cohecho transnacional.

La condición de vencible o invencible del error tendrá efecto exclusivamente sobre la reducción de la pena. Sin embargo resulta difícil imaginar el error de prohibición invencible en un soborno internacional, porque cualquier persona conoce el significado corrupto de un soborno, en especial cuando se trata de un funcionario público.

## D) Iter Criminis

El *iter criminis* transcurre a partir del momento en que un sujeto idea cometer un delito, y alcanza hasta que éste se perfecciona. Discurre desde la fase interna para llegar a la fase externa. La fase interna tiene lugar en la mente del autor y se compone de los momentos de ideación, deliberación y resolución de la comisión del delito. La fase interna no es susceptible de penarse, pues los pensamientos no pueden ser castigados, según el aforismo de ULPiano contenido en el DIGESTO, *cogitationis poenam nemo patitur*. Esta fase interna, pues, transcurre exclusivamente en la mente del sujeto, para atravesar varios estadios en los que se formaliza la voluntad criminal: la ideación, la deliberación y la resolución criminal. Las operaciones anímicas de la fase interna son de todo intrascendentes desde un punto de vista penal, debido a la cuestión práctica de su imposible captación, ya que ello significaría un quebranto para las garantías procesales y penales.<sup>493</sup> Únicamente al exteriorizar las manifestaciones del pensamiento es cuando podrán ser objeto de castigo. Por el contrario, la fase externa representa la primera manifestación al exterior del propósito criminal y es donde adquiere un significado relevante. Dentro de esta fase hay que distinguir entre: los actos preparatorios y la fase de ejecución, la cual se subdivide a su vez en: tentativa y consumación.

Todas las figuras delictivas de cohecho, incluidos los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se configuran como delitos de mera actividad sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario resulte significativo a efectos de consumación. Los tipos penales se consuman con

---

<sup>493</sup> “Las formas de aparición del delito. El “Iter Criminis”. Los actos preparatorios. La excepcionalidad en la punición de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir. La tentativa. Especial Consideración del delito imposible”, en *Derecho penal, parte general, judicatura*, CARPERI (AAVV), Ed. Carperi, Madrid, 2006, pp. 14-1 a 14-4

la ejecución de la acción típica descrita en la Ley.<sup>494</sup> Los restantes resultados formarán parte de la fase de agotamiento del delito y podrán influir sobre la pena, pero no afectarán a la valoración del momento de la consumación.

### d.1. Consumación

Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales son delitos de consumación anticipada, al igual que los delitos de cohecho. Al tratarse de delitos de mera actividad, éstos se consuman con la simple manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo precisa la producción de un resultado material externo para la consumación del delito.<sup>495</sup>

Para alcanzar la consumación no deviene imprescindible el hecho de que tenga lugar y se cierre el acuerdo corrupto con el funcionario público,<sup>496</sup> tan solo bastará con que el particular intente sobornarlo, con independencia de cuál sea la actitud que adopte el funcionario ante la oferta, y de que se ejecute o no la contraprestación de ese beneficio indebido entregado. No es necesario que se ocasione la entrega de la recompensa, ni tampoco que el particular obtenga las ventajas comerciales pretendidas. En el cohecho clásico será *conditio sine qua non* que la oferta corruptora sea comprendida por el funcionario desde un punto de vista objetivo, a fin de que pueda estimarse consumado el delito.<sup>497</sup> El funcionario deberá percatarse de la finalidad de la retribución entregada y, entonces, el cohecho se consumará en el preciso instante en que el funcionario consienta las

---

<sup>494</sup> DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 215

<sup>495</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., p. 402

<sup>496</sup> En sentido contrario y con respecto al cohecho activo opina RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Delito de cohecho*, Op. Cit., p. 256

<sup>497</sup> MIR PUIG, C., *El delito de cohecho en la reforma del CP*, Diario La Ley, nº 7603, Op. Cit.



aspiraciones del particular y retenga en su poder el objeto o dádiva entregada.<sup>498</sup> Esta teoría se aplica fácilmente para el cohecho pasivo clásico. Sin embargo, para el tipo del art. 286 ter la situación se complica, porque no se puede valorar la dimensión subjetiva de quien no es sujeto de este injusto, dado que no se castiga el soborno pasivo.

Las transacciones comerciales internacionales configuran un delito de emprendimiento, castigándose por igual ambas modalidades activas de *corromper e intentar corromper*. Se atribuye idéntica pena a quien corrompe que a quien se queda en el intento.<sup>499</sup> El delito se consuma con el mero intento de corromper al funcionario público, sin que sea preciso que aquél acepte o realice el acto al que se había comprometido en contraprestación por el beneficio o ventaja indebidos.<sup>500</sup> La aceptación de la invitación corrupta por parte del funcionario y su contraprestación posterior son irrelevantes a efectos de la consumación del delito. Será suficiente que se ponga en peligro la función pública de forma idónea.<sup>501</sup> Y tal puesta en peligro demanda que el agente público reciba efectivamente el mensaje, al margen de que el funcionario entienda y comprenda la venalidad del acto. El aspecto interno de la voluntad y comprensión del funcionario público no debe determinar ni condicionar la apreciación de la consumación delictiva, porque dicho sujeto no está sometido al *ius puniendi* del

---

<sup>498</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 237

<sup>499</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 118

<sup>500</sup> En apoyo de esta afirmación, se consuma el delito con la simple solicitud u ofrecimiento, según se pronunció el Tribunal Supremo en STS 186/2012 de 14 de marzo, ROJ 1612/2012: “por último en cuanto a la consumación, con carácter general esta Sala en ss. 2-4-2009, 6.6.2008, 8.6.2006, 2.6.2002 y 7.11.2001 ha señalado que cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera “solicitud” u “ofrecimiento” de la dádiva” sin que sea necesario para la sanción la no aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco evidentemente la condena del que hace o recibe el ofrecimiento, que, caso de producirse, se sancionaría separadamente su concurso con el cohecho (STS 776/2001, de 8.5)”

<sup>501</sup> DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 215

Estado español.

En el tipo del art. 286 ter se adelanta la barrera de punibilidad y se admite la forma intentada como una forma básica de comisión, sin atenuación en la pena. Por dicho motivo, no se puede exigir que el delito tenga que consumarse con la aceptación del *pactum scaeleris*. El sujeto que corrompa, puede lograr que se cierre el acuerdo corrupto, pero aquel que únicamente intente corromper, aspirará a que dicho acuerdo se acepte, aunque su conducta tan solo consista en intentarlo, sea cual fuere el resultado. A fin de establecer un criterio unánime en la consumación de las conductas del precepto analizado, se deben contemplar los supuestos de corromper y que se cierre el pacto corrupto, así como los comportamientos que solamente pretenden corromper y lograr dicho pacto. De ahí que ante la equiparación punitiva de estas dos conductas por parte del legislador no pueda aceptarse la tesis que se viene aplicando para el cohecho activo clásico,<sup>502</sup> en el sentido de que para que se entienda consumado el delito como tal, se ha de perfeccionar el acuerdo corrupto.

Desde el momento en que el sujeto emite la declaración de querer corromper, el delito quedará consumado en caso de que exista recepción de tal declaración por el agente público extranjero. El momento de la consumación puede postergarse si entre dicha emisión y recepción no existe inmediatez, bien porque se haya comunicado mediante un intermediario, bien porque el funcionario no tenga conocimiento de la misma hasta tiempo después, ya que puede darse la circunstancia de que el funcionario no lea con carácter inmediato el correo electrónico, o bien que el intermediario espere a tener un encuentro

---

<sup>502</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit.: "(...)Cuando la acción típica consistió en recibir o aceptar las dádivas o su promesa- supuestos en los que la iniciativa corruptora habrá partido del particular- el delito se perfeccionará en el momento en que el funcionario reciba la retribución o acepte la promesa, es decir, una vez alcanzado el acuerdo de voluntades." Argumenta asimismo la autora que de no requerirse la recepción como una mínima comprensión del mismo por el destinatario, el peligro generado en tales conductas para el bien jurídico sería insignificante, p. 256

personal para trasladarle al funcionario la intención corrupta del autor. La falta de coincidencia espacial y cronológica necesarias para la recepción de la oferta del soborno puede posponer el momento de la consumación de estos delitos.<sup>503</sup>

En el soborno transnacional ocurre lo mismo que en los denominados delitos mutilados de dos actos,<sup>504</sup> donde la realización del comportamiento posterior del funcionario o el beneficio irregular obtenido representan elementos que pertenecen a la esfera del agotamiento del delito, mas no condicionan la consumación del mismo. Se hace necesario incidir en que el delito se consuma con la simple propuesta al funcionario público, siempre que la misma sea recibida por dicho agente público.

## d.2. Tentativa

La tentativa se define en el art. 16 del CP como aquel momento en que el sujeto da principio a la ejecución directa del delito por medio de hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pero éste sin embargo no tiene lugar debido a causas independientes a la voluntad del autor. La tentativa pertenece a la acción descrita

---

<sup>503</sup> En el cohecho pasivo, la mayor parte de la doctrina ha entendido que basta la mera declaración de voluntad del funcionario para que el delito se encuentre consumado. Se consuma el delito sin la intervención del particular, cuando el funcionario solicita la ventaja, a pesar de que ésta sea desatendida por el destinatario de la misma; entre ellos, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., p. 1847; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Delito de cohecho*, Op. Cit., p. 256; opinión contraria y minoritaria en relación a que la consumación del delito de cohecho pasivo no se producirá hasta la efectiva recepción del mensaje corrupto por el particular, la expone VALEIJE ÁLVAREZ, I., Op. Cit., p. 238, y también GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.); CORTÉS, BECHIARELLI, E.; NIETO MARTÍN, A.; NUÑEZ CASTAÑO, E.; PÉREZ CEPEDA, A. M., *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial* (adaptado al EES), Ed. Tecnos, Madrid, 2010, determina que la consumación para el oferente aparece cuando la oferta llega a la otra parte y ésta comprende su significado, p. 756

<sup>504</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., pp. 402 y 403

en el tipo. En nuestro ordenamiento jurídico penal, la tentativa se castiga con carácter general.<sup>505</sup>

La ejecución intentada en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales queda prevista de forma expresa, “*corrompieren o intentaren corromper*”. Esta regulación difiere, por su parte, de los clásicos delitos de cohecho donde no se tipifica la modalidad intentada de forma expresa en cada uno de los tipos de la parte especial.

La tentativa resulta más fácil de apreciar en el cohecho activo clásico que en el cohecho pasivo, pudiéndose luego abstraer las observaciones para los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. De este modo, la solicitud de una dádiva situaría la frontera entre la consumación y la tentativa en puntos muy alejados de la lesión del bien jurídico. La solicitud de una dádiva que no llega a ser recibida ni conocida por su destinatario podría integrar un supuesto de tentativa, si bien ha de atenderse a lo promulgado por el art. 16.1 del CP, por cuanto exige un principio de ejecución típica y que la tentativa sea portadora de un peligro para el bien jurídico.<sup>506</sup> Mientras la oferta corruptora se manifieste y se materialice, podrá apreciarse tentativa aunque la oferta no llegue a su destinatario. En el supuesto de que el culpable dé principio a la

---

<sup>505</sup> Art.16 CP: “1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiere haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta. 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados y, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.”

<sup>506</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 258. La autora explica el ejemplo de la solicitud de la dádiva a propósito del cohecho pasivo, añadiendo que no alcanzará el mínimo de ofensividad para el bien jurídico. La misma postura es adoptada por MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op. Cit, p. 1848

ejecución del delito por hechos exteriores y no practique todos los actos que debiera producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento, cabrá tentativa. De la combinación de los preceptos que regulan la tentativa con los que describen las conductas típicas de cohecho, se podría considerar el grado de tentativa en el supuesto de poderse colegir que aquellos casos en los cuales pese haberse ejecutado todos los actos idóneos, iban dirigidos de modo inequívoco a que el funcionario tuviera conocimiento de la oferta y ésta no llegara a su destino. Sucede igualmente en los supuestos donde la declaración de voluntad es transmitida por una persona interpuesta, quien no llega a ponerla en conocimiento del destinatario, o incluso aquellos en los que la misma declaración sufre algún tipo de vicisitud o interferencia antes de llegar a su auténtico destino.<sup>507</sup> En ambos escenarios existiría un acto preparativo, pero se hace necesario valorar cada caso de forma individualizada y saber si ese comportamiento realmente se corresponde con la conducta descrita como *corromper*. Partiendo de la base de que el término corromper engloba una generalidad de conductas, habrá que reflexionar y enjuiciar si la acción iba o podía ir encaminada a las finalidades del tipo 286 ter. En el supuesto de que el destino de la acción en grado de tentativa fuera dirigido a conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en el tráfico económico internacional, resulta obvio que se habría producido un riesgo de peligro para el bien jurídico protegido. La conducta sería entonces típica y el acto de ejecución sería susceptible, en su caso, de penarse como tentativa.

El Convenio de la OCDE exige a los Estados Parte que adopten las medidas necesarias para tipificar la tentativa. En los Comentarios al Convenio se especifica que si la tentativa y la confabulación no estuvieran penadas en el ordenamiento

---

<sup>507</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 240. El análisis que realiza la autora sobre la tentativa se centra en el cohecho pasivo y parte de la regulación del CP anterior, pero sus conclusiones y supuestos de tentativa pueden aplicarse al cohecho activo transnacional.

jurídico del país en cuestión, no se exigirá su tipificación respecto a la corrupción de un funcionario público extranjero.<sup>508</sup> De modo similar contempla la UNCAC la posibilidad de tipificar la tentativa.<sup>509</sup> En el seno europeo la tentativa se reguló de forma más laxa, indicando el Convenio de la UE que podrá penalizarse la tentativa, si bien tampoco es estrictamente necesario, puesto que las infracciones de la corrupción incluyen la conducta consistente en hacer promesas aunque éstas luego no se cumplan.<sup>510</sup>

España ha cumplido sus compromisos internacionales y teóricamente ha traspuesto de forma adecuada la regulación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, por cuanto introduce la modalidad intentada en el tipo. No obstante, parece ser excesiva la equiparación de la introducción de la modalidad intentada junto a la consumación, porque el Ordenamiento Jurídico español confiere la posibilidad de aplicar la tentativa con carácter general a la Parte Especial, sin necesidad de una previsión expresa de la modalidad intentada que equivalga a la acción consumada para el delito. Esta modalidad intentada en el tipo no admite ninguna rebaja de la pena respecto de la conducta típica y consumada, es decir, el intento de corromper se castiga como el hecho consumado de corromper, desapareciendo la modalidad intentada como tal, y debiendo cuestionarse si cabe la tentativa general del art. 16 del CP como “intento de la ejecución del intento de corromper”.

Únicamente los delitos dolosos son susceptibles de formas imperfectas y el delito analizado tan solo admite la comisión dolosa, de modo que la reflexión debe centrarse en analizar si cabe tentativa en los delitos calificados por el

---

<sup>508</sup> Art. 1.2 Convenio de la OCDE: “(...) La tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público de esa Parte.”

<sup>509</sup> Art. 27.2 de la UNCAC

<sup>510</sup> Informe explicativo sobre el Convenio de la UE relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, apartado 5.1

resultado, cuyo requisito indispensable consiste en que el daño real esté desvinculado o sea desproporcionado en relación al propósito inicial. Los delitos de corrupción analizados son de resultado cortado y de consumación anticipada, motivo por el cual se complica aún más poder apreciar la tentativa en los mismos. Las formas imperfectas de ejecución son posibles para casi todos delitos de emprendimiento, confundiéndose en la mayoría de las ocasiones la tentativa con los actos preparatorios, aunque estos últimos no se prevén para los delitos del art. 286 ter. A fin de valorar la tentativa habrá que distinguir los comportamientos que desde la perspectiva del bien jurídico suponen una puesta en peligro, de los que significan una efectiva lesión. En términos teóricos cabría imaginar un supuesto de tentativa no cubierto por la expresa literalidad del precepto analizado. Si se acepta como premisa que la modalidad comisiva de *intentar corromper* precisa que la propuesta corrupta llegue a ser conocida por el destinatario, entonces se podría calificar de tentativa toda aquella conducta idónea mediante la cual el particular intentase corromper al funcionario, pero de la que éste nunca llegara a percatarse.<sup>511</sup>

La pretensión de adelanto de las barreras de punición se pone de manifiesto en el propio tenor del precepto, *corromper o intentar corromper*, y a pesar de que la conducta típica queda consumada con el intento de lograr un acuerdo corrupto, ello no implica que por principio deba descartarse la posibilidad de apreciar supuestos de tentativa.<sup>512</sup> La conducta podría efectuarse en grado de tentativa, cuando una vez confirmado el acto corrupto por los

---

<sup>511</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit. pp. 118 y 119, quien muestra su reparo a la hora de aceptar la tentativa incluso en el supuesto expuesto, porque considera que esas hipótesis tan siquiera superan el tamiz del principio de lesividad, aunque el ejemplo planteado proviene de la propuesta respecto al delito cohecho clásico por parte de la autora RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 117 a 128

<sup>512</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit. se posiciona también a favor de la tentativa para el delito de cohecho, argumentando que, “el hecho de que se trate de un delito de mera actividad hace que parte de la doctrina rechace la posibilidad de toda forma imperfecta de ejecución; sin embargo estoy de acuerdo con aquellos autores que permiten la tentativa al considerar que a pesar de tratarse de un delito de simple actividad puede ocurrir que sea necesario más de un acto para completar la conducta típica.”

sujetos, no llegara a producirse; ello es factible que suceda no solo en los actos más comunes en los que la propuesta de acuerdo se envía mediante un mensaje que no llega al receptor, sino que, además, puede ser el caso del mensaje escrito que no alcanza a leerse, o aquel que se pretende comunicar a través de un intermediario que no llega finalmente a informar sobre la propuesta. De igual modo, podría darse la tentativa en el caso de que el funcionario no consiga entender o comprender la dimensión corruptora de la propuesta por cualquier circunstancia o error,<sup>513</sup> y dado que no se castiga el soborno pasivo, tal error no tendrá por qué influir en la punición de la conducta del sujeto activo.

A simple vista, esta solución de aplicar la tentativa parece una propuesta poco conciliadora con las garantías penales y el principio de intervención mínima del Derecho penal, pero en verdad es una posibilidad coherente con la gravedad y magnitud del alcance de riesgo de lesión del bien jurídico macrosocial y el incremento de las penas de este delito, según la última reforma penal de la LO 1/2015. Nada obsta para plantearse la posibilidad de apreciar la tentativa en tales delitos; en primer lugar, porque los supuestos del cohecho activo anteriormente citados, en los que podría concurrir tentativa, son extrapolables a algunas situaciones que tengan lugar en el soborno internacional y, en segundo lugar, porque en principio, salvo excepciones, se aplica la tentativa de la parte general del CP a toda la Parte Especial. Lo cierto es que, si bien teóricamente podría aplicarse la tentativa a estos delitos, según los casos, no resulta una solución acertada, dado que se estaría pecando de castigar conductas más allá de lo que la norma permite, a la vez que se conjugarían conductas propias de las resoluciones manifestadas de voluntad, no prevista en dichos delitos, como si fuera tentativa de delito, es decir, “el intento de la ejecución del intento de corromper”. En todo caso, hubiera sido preferible que el legislador no anticipase la barrera consumativa del delito, eliminando la modalidad intentada del art. 286 ter y

---

<sup>513</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 754 y 755



relegándola a la tentativa genérica que regula el art.16 del CP. Sin embargo, dado que actualmente la modalidad intentada se inserta dentro del tipo y el legislador con carácter expreso no prohíbe la apreciación de la tentativa del art. 16 del CP, procede analizar mediante ejemplos hipotéticos cómo se interpretaría el desistimiento si existiera tentativa, y cómo sería la tentativa inidónea e inacabada en estos delitos.

### *d.2.1. Desistimiento*

Partiendo de la base que el cohecho transnacional consiste en un delito de actividad, ha de tenerse en cuenta el desistimiento para su consideración o rechazo.

Una de las consecuencias que se derivan de la tentativa en el delito de cohecho, estriba en la posibilidad de que concurra un desistimiento voluntario en la conducta del autor.<sup>514</sup> Para que el desistimiento haga desaparecer la tentativa, resulta imprescindible que sea voluntario y eficaz.<sup>515</sup> La eficacia exculpatoria del desistimiento es predicable tanto de la tentativa acabada como de la inacabada. En la modalidad activa del cohecho activo el desistimiento resulta más complejo que en el cohecho pasivo, porque una vez emitida la petición, el funcionario puede realizar alguna conducta o actividad contraria que impida o tienda directamente a evitar que la solicitud llegue a su punto de destino.<sup>516</sup> Dicho de otra forma, en su vertiente activa el desistimiento existirá en caso de que, una vez llevado a cabo el ofrecimiento, promesa o concesión del beneficio indebido al funcionario o atendida la solicitud de éste último, el sujeto

---

<sup>514</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Desistimiento en Derecho Penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 3

<sup>515</sup> Art. 16.3 del CP

<sup>516</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 241

activo dirigiese su conducta a revocar que la consecución o conservación de un contrato en el marco económico internacional llegue a hacerse efectivo en su propio beneficio o a consecuencia de ese beneficio indebido.

Parece extraño que se produzca tal supuesto, pero no debe excluirse que dicha actividad de desistimiento sea voluntaria en el sentido prefijado del art. 16 del CP; en ese caso quedaría descartada la responsabilidad penal por el delito intentado respecto a quien evite voluntariamente su consumación, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado.

Recapitulando al respecto, una vez que se proponga al funcionario o sea aceptado por el funcionario el acuerdo corrupto, su desistimiento voluntario posterior carecerá de toda relevancia, según la dicción del art. 286 ter. También se penará la conducta del particular que retire voluntariamente su oferta antes de ser aceptada o rechazada por el funcionario. De este modo se equipara a los efectos de pena la conducta intentada con la consumación del delito.<sup>517</sup> No obstante, cabría desistimiento del intento de corrupción si se propusiera el acto corrupto y éste ni siquiera llegase al destinatario, *aberratio ictus*, es decir, que el funcionario no conociera la proposición corrupta. El momento del desistimiento sería el que determinaría la impunidad de la conducta: cuando el sujeto frustrase e interrumpiese el tracto sucesivo, impidiendo que dicha declaración de voluntad fuera comunicada o recibida por el funcionario público.

---

<sup>517</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., Op. Cit., niegan la existencia de tentativa, p. 21

### *d.2.2 Tentativa inacabada*

La tentativa inacabada se diferencia del desistimiento en que no concurre voluntad del sujeto para interrumpir el principio de ejecución de la acción típica. El culpable da comienzo a la ejecución que se manifiesta patente a través de hechos exteriores, pero no llega a practicar todos los actos ejecutivos propios de la comisiva por causas independientes a su voluntad. La tentativa inacabada significa la ejecución interrumpida involuntariamente por el sujeto, mientras que el desistimiento conlleva el abandono voluntario de la ejecución. La ejecución completa sin éxito se corresponde, entonces, con la tentativa acabada.

Es difícil apreciar una tentativa inacabada en los delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales, porque el principio de la ejecución típica se inicia con el simple hecho de manifestar la oferta corrupta sobre la entrega de un beneficio indebido, aunque el mensaje no llegue al destinatario. No obstante el hecho de exteriorizar esa intención, en sí mismo ya equivale a un acto acabado. Las posibilidades de que se interrumpa la ejecución obedecerían más bien a una tentativa inidónea o a un delito imposible. Pero cabría también plantearse la hipótesis de que la iniciativa corrupta se dirige a persona distinta del funcionario público extranjero en cuestión, bien debido a que se hubiera podido equivocar la identidad o la dirección de correo electrónico, bien por el supuesto remoto de que hubiera fallecido el funcionario. A tenor del caso concreto, se podría valorar la existencia de una tentativa inacabada por imposibilidad de completar la ejecución o de la producción del resultado, ya que fueron inidóneos los medios empleados.<sup>518</sup> No será sancionable la tentativa inacabada para los delitos del art. 286 ter, pues ni la tentativa ni la modalidad intentada del propio precepto abarcarán la sanción de un intento inacabado que

---

<sup>518</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 241, y SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., utiliza el mismo ejemplo para justificar la inviabilidad de la tentativa con carácter general, aunque sin referirse al delito imposible, p. 286

no produce riesgo de lesión al bien jurídico protegido.

#### d.2.3 Tentativa inidónea

En cualquier supuesto, para apreciar la tentativa inidónea y que ésta sea sancionable se requerirá, entre otros criterios, que la acción represente un peligro objetivo para el bien jurídico,<sup>519</sup> lo cual de entrada es dudoso y no ocurre tras los ejemplos analizados. La expresión del art. 16.1 del CP, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, permite fundamentar legalmente la impunidad de la tentativa irreal. En la inclusión del adverbio objetivamente cabe vislumbrar un intento de excluir la punibilidad de los casos de tentativa inidónea, si bien el art. 16 no impide de forma expresa la sanción en los supuestos de tentativa inidónea desde la perspectiva objetivista de tal expresión,<sup>520</sup> aunque la incriminación en los delitos tratados resulta curiosa, difícil y casi imposible.<sup>521</sup>

En determinadas ocasiones, el delito imposible se identifica con la tentativa inidónea, mas la distinción está en que en el primero se incluyen todos los supuestos de inexistencia del objeto o del sujeto pasivo contra los que se dirige la acción delictiva, y en el segundo se inserta la falta de medios adecuados para la producción del resultado pretendido. El delito imposible ha quedado definido

---

<sup>519</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 258, con relación a la teoría del peligro para delimitar los actos ejecutivos de los actos preparatorios, opina ALCÁCER GUIRAO, R., *Tentativa y Formas de Autoría, (sobre el comienzo de la realización típica)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2001, que por sí misma y en exclusiva no es adecuada, pues puede ser tenida en cuenta como criterio adicional cuando la teoría de la ausencia de los actos intermedios no sea aplicable. No obstante asumiendo un fundamento de punición basado en el peligro para el bien jurídico, el peligro debe ser un criterio fundamental para establecer el tipo de injusto de la tentativa, pero no para establecer directamente el comienzo de la ejecución, sino para determinar si esa ejecución merece la pena en el grado correspondiente, pp. 26 y 44

<sup>520</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La regulación del iter críminis, (16-18)” en *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 123 a 132

<sup>521</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *Tentativa y Formas de Autoría, (sobre el comienzo de la realización típica)*, Op. Cit., p.51: (“...) según esta teoría objetiva-formal, que encontró un importante apoyo entre la doctrina española, sólo serían actos de tentativa aquellos que realizaran la acción descrita en el tipo (...).”

por el TS, en relación a la tentativa inidónea, con los siguientes condicionamientos aplicables a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales: 1º) Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo; 2º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza y respecto a dicha finalidad o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del objeto del delito; y 4º) Presencia de antijuridicidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, por tanto, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados –imposibilidad de ejecución– o a la inexistencia del objeto –imposibilidad de producción– sobre la que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez.<sup>522</sup>

La impunidad de la tentativa inidónea por inexistencia del objeto se ha venido apoyando sobre la teoría de la ausencia del tipo y el principio *nullum crimen sine lege*. La ausencia objetiva de un peligro real para el bien jurídico que se pretende atacar, excluye la posibilidad de sanción de la tentativa inidónea. La tentativa inidónea no debe castigarse en los delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales. Si el medio empleado es inidóneo, como puede ser el caso donde no se ofrezca una dádiva que resulte un verdadero beneficio para el funcionario público extranjero, no se pondrá en peligro la función pública y, en consecuencia, no debería sancionarse dicha conducta. El soborno lleva implícito un beneficio que se ofrece al sobornado, ahora bien, si no

---

<sup>522</sup> STS 1388/1997 de 10 noviembre, ROJ 6692/1997

existe dicha ventaja, porque lo que se ofrece no tiene ningún valor material ni personal para el sobornado, el soborno pasará desapercibido y puede que el funcionario tampoco llegue a percatarse del mismo, de modo que no existirá riesgo alguno de lesión del bien jurídico protegido.

Las conductas que integran el tipo del art. 286 ter son principalmente actos comunicativos que precisan, cuando menos, que la declaración de voluntad llegue a la otra parte.<sup>523</sup> En realidad, esta opinión resulta controvertida desde la óptica político criminal, ya que tales conductas constitutivas de tentativa pueden quedar tan alejadas del bien jurídico como para alcanzar la consideración de ser penalmente relevantes. El castigo de la tentativa en estos delitos es susceptible de contrariar el principio de lesividad, teniendo en cuenta la modalidad intentada que promulga el propio tenor literal del art. 286 ter.<sup>524</sup> La leal competencia en el comercio internacional y el correcto funcionamiento de la Administración Pública se verán amenazados, toda vez que la intención de corromper se materializa de forma clara e idónea con el fin de lesionar el bien jurídico.

En el supuesto de que la proposición corrupta fuese digna de poder llegar a tentar al funcionario para aceptar el soborno y conceder la pretensión del particular de conseguir o conservar un contrato en el ámbito económico internacional a cambio de un beneficio, entonces el bien jurídico sí se habría amenazado de forma idónea y directa. Por otra parte, es posible que el conocimiento del acuerdo corrupto procedente de un intermediario instigue a otros a llevar a cabo conductas similares, desde el momento en el que se le dé cierta publicidad a la intención corrupta; la proliferación de tales conductas que se intentan y no llegan a consumarse puede significar una verdadera fuente de peligro. La gravedad de la lesión del bien jurídico institucionalizado y de cuño

---

<sup>523</sup> Con relación al delito de cohecho, OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., p. 410

<sup>524</sup> En ese sentido opina SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., p. 286

social en estos delitos, la expansión incontrolada de la corrupción, así como la magnitud de estos bienes colectivos y supraindividuales justifican en abstracto la punición de conductas en grado de tentativa. Por ende, no se debe desatender a los actos imperfectos de ejecución, porque su castigo en atención a la lesión del objeto jurídico responde al principio de prevención general y especial del Derecho penal, sin embargo, dada la redacción del tipo del art.286 ter que ha permanecido intacta a lo largo de las reformas legislativas, ha de descartarse apreciar la tentativa como conducta intentada, del intento de corromper que figura en el tipo consumado.

El problema que se presenta en el plano práctico hay que buscarlo en el hecho de que aún no existe una sola sentencia en España que castigue exclusivamente este delito o que resulte ilustradora para su aplicación e interpretación. Por consiguiente, la apreciación de la casuística de si puede existir tentativa o desistimiento, y si procede hacer una distinción de aquella con la conducta básica de intentar corromper, se convierte en una mera conjetura.

### d.3. Actos preparatorios

Entre la fase interna y la fase externa se sitúa la fase intermedia del *iter criminis*, y en ella se ubican las resoluciones manifestadas de voluntad. Los actos preparatorios constituyen el estadio en el que el sujeto prevé y gestiona la obtención de los medios necesarios, observa y prepara el lugar del crimen, estudia las costumbres locales y a la futura víctima. Estos actos preparatorios no tienen una criminalización genérica; en ellos rige el principio general de impunidad desde el CP de 1822, el cual disponía en su art. 9 que las ideas y resoluciones para delinquir no estaban sujetas a pena alguna, salvo la vigilancia

especial de las autoridades en los casos que determinase la ley. De igual modo, el sistema del CP actual de incriminación de los actos preparatorios impide apreciarlos, debido a la inexistencia de una cláusula expresa de cobertura de los mismos. Prima la seguridad jurídica frente a una regulación genérica para todos los delitos de la Parte Especial. Ese principio de impunidad responde a una motivación político criminal. Los actos preparatorios, en términos generales, suelen hallarse demasiado alejados de la consumación del delito como para motivar la intervención sistemática y habitual del Derecho penal.<sup>525</sup>

Las resoluciones manifestadas de voluntad se incriminan desde la voluntad de lesionar el bien jurídico e incluso desde el peligro que supone la realización de dichas actividades. El fundamento de la punición de dichos actos ha ido transitando por dos teorías prácticamente superadas en la actualidad. La denominada teoría objetiva justifica el fundamento de punibilidad de los actos preparatorios en la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Esta teoría ha sido la más acogida por la doctrina española.<sup>526</sup> La teoría subjetiva, por el contrario, contempla la incriminación de estos actos desde el prisma del ánimo y de la voluntad del sujeto, y se centra en la peligrosidad del autor. Dentro de una perspectiva político criminal, la teoría subjetiva y predominante es la más aceptada por la doctrina alemana, y su aplicación viene motivada con criterios de defensa social o defensa del Estado.<sup>527</sup>

Las resoluciones manifestadas de voluntad se contemplan en los arts. 17 y

---

<sup>525</sup> JESCHEK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción 3ª edición, Tomo II, y adiciones MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 712

<sup>526</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, (4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por HORMAZÁBAL MALARÉE, H.), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1994, p. 412; COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Op. Cit., p. 548; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Op. Cit., pp. 344 y 345

<sup>527</sup> JESCHEK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Op. Cit., pp. 701 y 702



18 del CP,<sup>528</sup> con la salvedad de que únicamente se castigarán cuando así lo prevea la ley, y dado que el legislador no lo ha contemplado de este modo respecto del art. 286 ter, no existe en nuestro Derecho sanción expresa para los actos preparatorios de dicho delito.

Así pues, ni la conspiración ni la proposición o provocación para cometer delito de cohecho transnacional son punibles. En la práctica tienen lugar numerosos concursos mediales entre el tráfico de influencias y los delitos de cohecho. Algunos de estos comportamientos, que materialmente equivalen a la realización de ciertos actos preparatorios de soborno, podrían castigarse mediante una sanción indirecta a través de la aplicación de la modalidad de tráfico de influencias,<sup>529</sup> pues la corrupción internacional suele valerse de una cartera de contactos e influencias para lograr grandes contratos en el tráfico económico internacional, y sobornar de forma tentadora a funcionarios con gran poder de decisión y maniobra.

El mismo art. 286 ter prevé de manera expresa el intento de corrupción y ello provoca la anticipación de la barrera punitiva, si bien, como ya se ha descrito anteriormente, la consumación anticipada no excluye la posibilidad de que exista tentativa cuando el mensaje corrupto no llegue al funcionario público extranjero, pero éste sí hubiera sido idóneo para sobornarlo. Por tanto y aunque sea de forma somera, deben definirse los actos que podrían constituir hipotéticamente resoluciones manifestadas de voluntad, máxime cuando la nueva reforma de la LO 1/2015 sí ha introducido en la nueva redacción del nuevo art. 445<sup>530</sup> -donde antes se ubicaban los delitos de corrupción en las transacciones comerciales

---

<sup>528</sup> Art. 17.3 del CP: *“La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley”*. Art. 18.2 del CP: *“La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea”*.

<sup>529</sup> RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 258

<sup>530</sup> Art. 445 del CP: *“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.”*

internacionales- las resoluciones manifestadas de voluntad para todos los delitos contra la Administración Pública. Si para el cohecho pueden apreciarse las resoluciones manifestadas de voluntad, también habría que reflexionar si sería aconsejable su regulación para el soborno transnacional. Esa nueva reforma penal que solo afecta a los delitos contra la Administración Pública, pone de manifiesto las intenciones proteccionistas del legislador, por cuanto considera que determinadas conductas preparatorias para los delitos de corrupción pública constituyen una peligrosidad criminal y una amenaza a la lesión del bien jurídico protegido, así como a toda la sociedad.

Los actos preparatorios tienen por objeto la comisión del delito y están encaminados a su ejecución, pero no se dirigen directamente a la misma, como sí ocurre con la tentativa. Son preliminares y sirven de abono a la acción delictiva, la cual preparan y posibilitan que tenga lugar. De un lado superan la mera ideación y tienen entidad suficiente como para ser percibidos en el mundo exterior, y de otro lado representan el apoyo principal de los actos ejecutivos, aunque por sí solos no tienen eficacia para la realización del delito por requerir el complemento de otros actos.

El Convenio de la OCDE exige a los Estados Parte que adopten las medidas necesarias para tipificar las formas de participación, los actos preparatorios y la tentativa, salvo para aquellos países en los que conforme su ordenamiento jurídico, dichos actos no fueran punibles.<sup>531</sup> Hay que recordar que el citado Convenio señala, además, que la confabulación para corromper a un funcionario público extranjero constituye delito. La confabulación se entiende como dos o

---

<sup>531</sup> Art. 1.2 del Convenio de la OCDE: “Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un funcionario público extranjero. La tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público de esa Parte”.

más personas que se ponen de acuerdo para emprender algún plan ilícito.<sup>532</sup> El CP español no contempla la confabulación, pero ésta podría reconducirse a la definición y finalidad de la conspiración, ya que según el art. 17 CP se castiga exclusivamente cuando se encuentre prevista legalmente de forma expresa en el tipo correspondiente. En la actualidad, todavía no está tipificada ninguna sanción expresa de la conspiración ni de ningún otro tipo de acto preparatorio del delito analizado.<sup>533</sup>

En base a ello y con carácter hipotético, los actos preparatorios de algunas modalidades del cohecho activo podrían tener perfecto encaje en los delitos del precepto 286 ter; se trataría de actos preliminares y no generarían un comienzo de la acción típica de *corromper o intentar corromper*. Esta ejemplificación adquiere sentido plantearse, porque si el legislador hubiera extraído del tipo la modalidad intentada, que equivale a la consumación, y se aplicase en consecuencia la tentativa de forma general del art.16 del CP, entonces podrían haberse tipificado las resoluciones manifestadas de voluntad para los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, al igual que ocurre en delitos contra la Administración Pública.

La conspiración significa el concierto entre varias personas para la ejecución de un delito. Éste podría ser el caso donde el particular, en el seno de la persona jurídica a la que pertenece, organizase una reunión para idear el plan estratégico sobre cómo lograr la conservación o consecución de un contrato u otro beneficio irregular, dentro del tráfico económico internacional y a través del soborno a un funcionario público extranjero. Los actos de comunicación entre el sujeto activo, los partícipes o el intermediario podrían representar una conspiración para delinquir, pero en el supuesto de que existiera un claro

---

<sup>532</sup> Diccionario RAE, <http://lema.rae.es/drae/?val=confabulación> (19/03/2015)

<sup>533</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., Op. Cit., p. 22

concierto de voluntades para la ejecución total del hecho y la resolución ejecutiva, no cabrían meras elucubraciones que no supusieran un auténtico peligro para la lesión del bien jurídico. Igualmente deberá existir un lapso de tiempo entre el acuerdo y la realización sin poder haber dado comienzo a la acción, que en este caso se correspondería con la transmisión de la información e intención corrupta al funcionario público.

La proposición en estos delitos podrá tener lugar cuando el sujeto activo, una vez ideado el plan para corromper, invite a terceros a ejecutarlo con él de forma conjunta. La invitación a cometer el delito a título de coautor ha de ser concreta, precisa, convincente y persuasiva. Éste puede ser el supuesto en el que un alto cargo directivo de una sociedad invite y proponga a un empleado de nivel jerárquico inferior a realizar ciertos actos necesarios, tales como las gestiones burocráticas oportunas, con el fin de llegar a comunicar al funcionario extranjero la oferta o promesa corrupta a cambio de un beneficio indebido.

Por último, podría plantearse una provocación<sup>534</sup> si directamente se incitase a una pluralidad de personas a la perpetración del soborno transnacional a través de un medio de comunicación que facilitase la publicidad. Piénsese en la proliferación actual de la comunicación tecnológica y las redes sociales. Una manera similar sería la publicación de un mensaje que incite de forma clara y precisa a corromper a uno o unos funcionarios públicos concretos, para unas finalidades determinadas relacionadas con el tráfico mercantil internacional. En el supuesto de que se castigara la provocación, el castigo habrá de ceñirse a los

---

<sup>534</sup> La provocación se define en el art. 18 del CP: “1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.”

casos donde el requerimiento se refiera de forma inequívoca y abierta a la comisión del delito, debiendo descartarse así del ámbito típico la simple exposición de ideas o el ensalzamiento de actos que indirectamente pudieran generar en otros la resolución de delinquir. No se trata de potenciar conductas delictivas, sino de provocar que la propagación convierta directamente a sus destinatarios en potenciales sujetos activos del cohecho. En el supuesto de que a la provocación le siguiese la perpetración del delito, entonces sí se convertiría en una inducción. De igual forma ocurrirá con la apología, la cual constituye una variante de la provocación, si bien ésta requiere, necesariamente, que la exposición o discurso se verifique ante una concurrencia de personas con la aspiración de delinquir de forma mediata, pero no tan directa como la provocación. La apología quedaría condicionada a la exposición de ideas o doctrinas que ensalzan el crimen o enaltecen a su autor. A modo de ejemplo hipotético de lo anterior cabe enunciar precisamente éste: que se publique una exposición razonada de las ventajas que se alcanzan de forma rápida y fácil a través de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Cualquiera de los supuestos aquí expuestos podría encajar en un delito clásico de cohecho activo y, por tanto, se castigarían las resoluciones manifestadas de voluntad. Por el contrario, si dichos actos preparatorios fuesen encaminados a conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja en el tráfico económico internacional, constituirían conductas impunes, ya que no entrarían en la órbita de la calificación de una tentativa o de la consumación de la acción de intentar corromper. Esta incongruencia en la reforma para el cohecho clásico no afecta al soborno transnacional, ni tampoco tiene otra razón de ser más allá de la incompatibilidad que existiría con el verbo *intentar corromper*. Castigar las resoluciones manifestadas de voluntad, la tentativa, y anticipar la consumación de los delitos mediante la mención de la modalidad intentada en el tipo básico, constituiría una regulación impropia de

un Estado liberal y de Derecho.

No había necesidad de introducir la modalidad intentada, o intentar corromper, dentro de la acción típica del injusto, porque, en consonancia con el Convenio de la OCDE, España ya disponía de la previsión de la tentativa en la Parte General del Libro I del CP para dichos delitos. Mediante un intento de endurecer y castigar cualquier conducta relacionada con el soborno transnacional, se ha provocado desconcierto con la interpretación de la tentativa y los actos preparatorios en relación al sistema penal español. La tentativa y las resoluciones manifestadas de voluntad quedan desechadas para estos delitos; la solución más ortodoxa y acertada hubiera consistido en excluir la modalidad intentada del tipo, y regular las resoluciones manifestadas de voluntad, al igual que se llevó a cabo para los delitos de cohecho y que propugna el Convenio de la OCDE.

#### d.4. Conductas neutrales

En ocasiones resultará harto difícil evaluar si determinadas conductas podrían considerarse actos preparatorios de un delito de cohecho o el intento de corrupción en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, tal como viene a resultar en los actos neutrales o conductas frecuentes, que deberán valorarse según el contexto de cada caso y la cualificación y posición profesional del sujeto activo y de los partícipes.

A propósito de las conductas neutrales<sup>535</sup> y sin que se delimite previamente una infracción de un deber especial, la mera causación o

---

<sup>535</sup> Vid. Infra. IV D) apartado d.3.1.

favorecimiento activo de la realización de un delito no genera en sí mismo responsabilidad penal en una persona, aunque ésta hubiera actuado con pleno conocimiento del alcance de su conducta. Con objeto de constatar estas conductas neutrales y valorarlas penalmente, hay que recurrir a la teoría de la imputación objetiva, a partir de la que se podría determinar cuál es el riesgo permitido en ciertas conductas cotidianas que ejecutan algunos profesionales y no se encaminan de forma directa y precisa a la consecución de la comisión de un delito concreto por un autor definido. El riesgo permitido se sobrepasará siempre que el partícipe que lleve a cabo tales conductas neutrales tenga un conocimiento especial acerca del hecho del autor. En este sentido debería inferirse, además, un claro dolo del partícipe que abarcaría todos los elementos del tipo. En principio, quedarían justificados aquellos ámbitos de riesgo en los que la posibilidad de lesión de bienes jurídicos es inherente al desarrollo de actividades cotidianas, debido precisamente a que existen posiciones de garantía reguladas por un estándar normativo. Si no hay tipicidad objetiva por faltar el riesgo jurídicamente desaprobado y el comportamiento es socialmente adecuado, el acto neutral no será punible a efectos de participación. Asimismo, entraría en juego el principio de confianza normativa, que no fáctica. En virtud de tal principio, el sujeto confiará en el Derecho y no le podrán ser imputados resultados dañosos por el hecho de no haber adoptado medidas de precaución para evitarlos, aún cuando haya terceros que se aprovechen de determinadas situaciones para fines ilícitos.<sup>536</sup> Este principio de confianza impedirá las imputaciones globales, a título de coautores o partícipes, a todas aquellas personas que realicen actos neutrales.

Por otra parte, dentro del ámbito permitido no se encuentran aquellos terrenos neutrales en los que el desarrollo normal de los comportamientos profesionalmente cotidianos conlleva un riesgo penal para el bien jurídico

---

<sup>536</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Blanqueo de capitales y abogacía*, (Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva), INDRET, Revista para el análisis del Derecho, 1/2008, Barcelona, pp. 9 a 24

protegido. El cumplimiento de las regulaciones extrapenales instauradas en el entorno donde se realicen las conductas neutrales, da lugar a un riesgo permitido. En este caso serán irrelevantes los conocimientos especiales que tenga el partícipe. Esos conocimientos técnicos, específicos o especiales sobre una materia concreta situarán al sujeto en una posición de garante de los posibles resultados antijurídicos que ocasione por medio de sus conductas neutrales, pero en caso de existir regulaciones internas o concretas, desaparecería el riesgo permitido si se incumplen.<sup>537</sup>

Los actos neutrales suscitan cierta confusión y controversia en todos los delitos de corrupción donde se encuentra implicada una delincuencia organizada o criminalidad empresarial. Resulta complejo delimitar cuándo un acto entrañaría conductas preparatorias y cuándo no, o bien, dado el caso, cuándo puede considerarse una participación delictiva. La propia denominación de estas conductas alude a un aspecto de la intervención delictiva que en el Derecho penal ocupa una zona libre de responsabilidad penal, ubicándose en el ámbito del riesgo permitido. Se trata de conductas socialmente estandarizadas y cotidianas, o adecuadas a una profesión u oficio. Ninguna actuación neutral tiene la garantía *per se* de no ser punible, aún cuando en algunos casos puedan coincidir fácticamente con una colaboración o favorecimiento a un delito cometido por otra persona.<sup>538</sup>

Las conductas neutrales que podrían ser penalmente relevantes para los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, serían aquellas que el sujeto lleve a cabo creando un riesgo especial de lesión al bien jurídico con el dolo de la voluntad y conocimiento de las finalidades específicas

---

<sup>537</sup>MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa parte general*. 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 621 a 624

<sup>538</sup>PÉREZ MANZANO, M., “*Conductas neutrales y blanqueo de capitales*”, Ponencia de 13 de marzo de 2015, en las III Jornadas de Derecho Penal Económico, *Instrumentos penales y procesales en la persecución de los delitos económicos*, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid



del tipo, y por ello cabría presuponer que tal comportamiento es la antesala para la continuación delictiva de otro. Piénsese, por ejemplo, en el caso del jefe de protocolo o relaciones institucionales de una gran empresa que utiliza sus contactos profesionales, en el ejercicio de sus competencias, para ejercer influencia en el círculo cercano de un alto funcionario público, al que luego accederá el socio de esa misma mercantil con el fin de sobornarlo y lograr la adjudicación de un negocio o ventaja en el tráfico económico internacional. De ahí que la culpabilidad en estas conductas que puedan considerarse neutrales, pueda calificarse, solo en casos aislados y complejos de corrupción empresarial, como una cooperación necesaria o una participación.

En determinadas circunstancias es posible que las conductas cotidianas presenten indicios delictivos de cierta relevancia, en especial dentro del ámbito interno de las empresas multinacionales que persiguen la obtención de contrataciones públicas en países extranjeros. Aquí podrían distinguirse hipotéticamente dos casos en los que se deberían tomar en consideración los actos neutrales. Un supuesto sería el papel que juegan los programas de cumplimiento interno en el ámbito penal, *compliance*, de las grandes sociedades. Ciertos regalos de cortesía entregados a las autoridades públicas extranjeras por parte de empresarios que dirijan o vayan a dirigir el proyecto público en cuestión, suelen comportar prácticas habituales y costumbres en el seno interno de las empresas. En ciertos países, la adecuación social de determinados comportamientos o la exteriorización de algunas intenciones corruptas tiende a equivaler a conductas neutrales, no recogiendo por ello su prohibición expresa en los programas de cumplimiento societarios. De esta forma, un empleado podría poner en práctica tales conductas sin que por ello sus actos alcanzasen la categoría de excepcionales ni ilícitos, dependiendo del país y la cultura en cuestión. La persecución de su ilicitud resultará harto difícil si no van acompañadas de un acuerdo corrupto expreso. Un segundo supuesto hipotético donde cabría vislumbrar conductas

neutrales susceptibles de castigarse o no, tales como actos preparatorios, consiste en la ejecución de funciones administrativas, preparatorias y previas por parte de un empleado de una multinacional, con el objetivo de facilitarle a su superior jerárquico la perfección de un futuro acuerdo corrupto con un funcionario público extranjero. Aquí se trata de la preparación para que otro pueda consumir la acción de corromper. Imagínese también, a modo de ejemplo, en la secretaria de un alto directivo de una multinacional, que organiza y prepara el encuentro entre su jefe y el funcionario público extranjero para que tenga lugar la proposición corrupta y, luego, entre ellos cierran el acuerdo, o incluso el caso en el que ésta prepara el discurso o gestiona la compra de un regalo indebido para que sea su jefe quien se la ofrezca al funcionario. Este supuesto comportaría un acto neutral si entra dentro de la órbita de las funciones habituales de dicha secretaria, mas no por ello debería ser castigado respecto a esa secretaria, porque en función de la capacidad de decisión, autonomía, conciencia y voluntad de esa trabajadora, así podría plantearse una complicidad en el delito de soborno que posteriormente se perpetre.

Las conductas y ejemplos expuestos son dignos de mención por su potencial riesgo de lesividad al bien jurídico protegido en los delitos analizados, no obstante, en raras ocasiones podrán incardinarse en la tentativa en el soborno transnacional, caso de que ésta pudiera apreciarse, o en las resoluciones manifestadas de voluntad, caso de que estuvieran previstas para estos delitos. La persecución de dichos actos resultará extremadamente difícil debido a la dificultad probatoria, la cual da comienzo en el nivel del sector privado de un entramado de intereses económicos comunes a todos los partícipes o trabajadores de una multinacional. La lealtad o vínculo mercantil al superior jerárquico, al colaborador o socio, así como el interés económico de todos los partícipes y testigos obstruirá la averiguación de tales actos, por ello y en aras de la practicidad, será más factible que una vez detectadas dichas conductas se

sancionen o amonesten según el programa de cumplimiento normativo de cada empresa. A efectos jurídicos y frente a terceros, habrán de ser el Derecho mercantil y el Derecho administrativo las materias que regulen y sancionen los actos conductores de una trama corrupta; tales campos del Derecho constituyen una materia autónoma que se aparta del objeto de este trabajo.

Las conductas neutrales no podrán ser objeto de castigo con relación a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pues tampoco se prevén para estos ilícitos las resoluciones manifestadas de voluntad y difícilmente cabe apreciar la tentativa, si bien, en teoría, no es del todo descartable aunque sí prácticamente improbable que pueda apreciarse en algún supuesto.

## E) Autoría y participación

La teoría general del delito se ocupa de construir los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad comunes a todo hecho punible o a ciertos grupos delictivos.<sup>539</sup>

La intervención de los sujetos penales en los delitos puede ser de dos tipos: los tipos de autoría, que por sí solos o junto con otros realizan el hecho de forma directa o mediata, y los tipos de participación, que coadyuvan a los hechos delictivos de los autores, mediante inducción o por cooperación.

Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales no tienen por qué considerarse delitos de propia mano, ya que pueden cometerse a través de una tercera persona *interpuesta*, según indica la dicción del art.286 ter.<sup>540</sup> En lo que respecta a la autoría mediata puede distinguirse una *autoría mediata hacia dentro*, para los casos en los que el sujeto se sirve como instrumento de un tercero para realizar la acción típica. En cambio, bajo una *autoría mediata desde fuera*, se entenderán los supuestos en los que es un tercero quien usa al sujeto descrito en tipo para llevar a cabo el delito.<sup>541</sup>

En lo que afecta a la autoría y participación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, existe una preocupación general

---

<sup>539</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*, 5ª edición, Ed. Dunker & Humblot, Berlin, 1996, p. 194

<sup>540</sup> Con relación a la definición de los delitos de propia mano, Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *El denominado "Delito de propia mano"*, (Respuesta a una situación jurisprudencial), Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 32. Respecto del delito de cohecho se admite la coautoría mediata, Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 244 a 246, y también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *El denominado "Delito de propia mano"*, Op. Cit., p. 154

<sup>541</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *El denominado "Delito de propia mano"*, Op.Cit., p. 33

para delimitar de forma rigurosa la responsabilidad cuando ésta se difumina entre un grupo de personas que comete el delito, bien a través de asociaciones ilícitas de la criminalidad organizada, bien a través de empresas y multinacionales. Las categorías de autoría y participación clásicas no siempre resultan satisfactorias para individualizar las correspondientes penas a cada sujeto interviniente, según se analizará en este apartado. De igual modo, los restantes sujetos que intervienen en estos delitos como persona interpuesta también presentan dificultades para su imputación a título de coautores o cómplices.

La cuestión que no plantea problemas para comprobar la autoría en estos delitos reside en los supuestos en los que intervienen particulares, personas físicas que corrompen o intentan corromper a los funcionarios públicos, o aceptan las solicitudes corruptas de éstos en el ámbito del tráfico internacional económico, aspirando a lograr las finalidades que proscriben el art. 286 ter. Dichos particulares serán responsables penalmente a título de autores del delito cometido.

Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se configuran, como dos actos de ejecución diferentes: por un lado se encuentra la ejecución del sujeto activo, y por otro emerge la conducta del funcionario público extranjero, aunque esta última modalidad no es punible conforme al precepto analizado.

La ejecución de la comisión delictiva de tales delitos puede realizarse con la intervención de diversas personas a título de participación o coautoría, si bien el CP solo declarará responsables del delito a los autores y cómplices.<sup>542</sup> Los cómplices que participen con su actuación u omisión en la trama delictiva de

---

<sup>542</sup> Art. 27 del CP

corrupción formarán parte de la esfera ejecutiva del sujeto activo.

La posibilidad de la intervención y participación delictiva de terceras personas concuerda con el denominado carácter pluripersonal de los sobornos y las peculiaridades que surgen en cuanto a la autoría y participación<sup>543</sup> en la mayoría de delitos de soborno y corrupción. Partiendo de la premisa de que en los delitos de corrupción suele estar implicada la criminalidad de empresa y de estructuras organizacionales complejas, es deducible que intervengan terceras personas para encubrir la identidad del autor y del beneficiario de la ventaja o dádiva entregada.

Existe una cierta similitud con el delito de cohecho cometido por particular en lo referente a la posibilidad de que terceras personas participen en la comisión delictiva, pero no en la reciprocidad de las penas del particular y del funcionario público. En el delito de cohecho se castiga a título de autor y según el tipo, la conducta de uno y otro. Tradicionalmente, el delito de cohecho se consideró un delito de participación necesaria, puesto que es imprescindible la intervención de dos sujetos para cometer el delito, funcionario y particular, sin embargo desde la perspectiva de la punibilidad se sanciona únicamente a uno de ellos.<sup>544</sup> En dicha actuación el sujeto que soborna responde como autor, pero también está la persona que es sobornada y acepta el pacto corrupto a cambio de una dádiva, de manera que se precisa la convergencia de ambos sujetos. El verdadero carácter del soborno quedó determinado como un delito unilateral y autónomo, en el que cada sujeto asume su propio delito y sin que resulten aplicables las reglas de la participación delictiva. En este sentido, entiéndase que para la consumación del delito únicamente hace falta la iniciativa, proposición o solicitud por parte del autor, sin que sea necesario que el otro sujeto acepte la

---

<sup>543</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 754 y 755

<sup>544</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., pp. 1725 y 1726

perfección del acuerdo corrupto. Cada sujeto responderá como autor del delito independiente, según el camino apuntado por el TS.<sup>545</sup> La naturaleza activa o pasiva del cohecho depende de la condición subjetiva del autor, si es un particular o un funcionario público, pero no influye en la conducta, la cual seguirá siendo igual para el autor en ambos casos: corromper o dejarse corromper.<sup>546</sup> En torno a esta consideración, la coautoría o participación de la persona que acepte la solicitud de soborno se construirá sobre la culpabilidad como autor de un delito independiente, debiendo castigarse, por un lado y de forma independiente, al sobornador como autor de cohecho y, por otro, al sobornado que acepta como autor de cohecho pasivo o activo, según se trate de un particular o persona física.<sup>547</sup> Cada sujeto responderá de forma personal y a título de autor por su propia conducta.

Esa independencia de la actuación a título de autor del particular o del funcionario en los delitos de cohecho también debe trasladarse a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, aunque no se contempla la corrupción pasiva en el art. 286 ter. Conforme a este precepto el funcionario no podrá ser castigado, debiendo, en su caso, acudir al delito tradicional de cohecho pasivo para su enjuiciamiento. El CP no permite la incriminación del funcionario público como partícipe, ni en los delitos de cohecho ni en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, tan solo como autor en los delitos de cohecho.

La mayoría de los documentos internacionales en materia de corrupción contempla el castigo de la complicidad y participación. El Convenio de la OCDE<sup>548</sup>

---

<sup>545</sup> Vid. Supra III B) apartado b.1.1.

<sup>546</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op.Cit., pp. 1837 y 1838

<sup>547</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 246

<sup>548</sup> Art. 1.2 del Convenio de la OCDE

exige a los Estados Parte que adopten las medidas necesarias para tipificar la complicidad, la incitación, el auxilio y la instigación. La punición de tales conductas puede interpretarse de forma equivalente a los grados de responsabilidad que comportan los arts. 27 y siguientes del CP. La incitación y la instigación tendrían su equivalencia en la inducción del art. 28 a) del CP, *“los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”*. El auxilio podría considerarse, en función de los casos, como cooperación necesaria o complicidad de los arts. 28 b) *“los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”* o el art. 29 del CP *“son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”*. En dicho Convenio también se menciona que *“cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un funcionario público extranjero”*. La denominada autorización, connivencia o permisión sería equiparable a la autoría por omisión o a la cooperación, a los efectos de punibilidad.<sup>549</sup>

A mayor abundamiento, el Convenio de la UE<sup>550</sup> recoge igualmente el castigo de la complicidad y la instigación, y la UNCAC<sup>551</sup> hace referencia a cualquier forma de participación, ya sea cómplice, colaborador o instigador.

Son autores los particulares, ya sea una persona física o jurídica quien corrompa, intente corromper o acepte la solicitud corrupta del funcionario, es decir, los que ejecuten el hecho, mientras que los partícipes son los que colaboran en esa realización. Puede tratarse de una coautoría, entre otros motivos porque la propia dicción del art. 286 ter alude a *“los que”*, pues en la corrupción internacional intervienen varios sujetos con la máxima discreción y para

---

<sup>549</sup> DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 217

<sup>550</sup> Art. 5.1 Convenio de la UE, también el art. 15 del Convenio Penal del Consejo de Europa contempla todo acto de complicidad.

<sup>551</sup> Art. 27.1 del Convenio de la UNCAC



dificultar establecer un nexo causal y entorpecer así la labor de la imputación objetiva entre sus conductas y el resultado. El elemento más caracterizador de la coautoría consiste, por regla general, en el mutuo acuerdo y en la realización conjunta del hecho, aunque tal circunstancia no ha de devenir, al menos en estos delitos, en la solución de atribuir la mayoría de las veces una colectivización de la responsabilidad penal a todos los sujetos intervinientes. Deberá realizarse, pues, una imputación subjetiva y objetiva por cada conducta a fin de poder así delimitar una responsabilidad individual por el desvalor de cada conducta individual. En estos delitos, no resulta necesaria la ejecución de propia mano de la conducta completa del tipo para que cada sujeto responda del mismo modo como autor. Habrá que acudir a criterios valorativos diferentes a la ejecución de propia mano, pero respetando la tipicidad y el principio de legalidad penal. Solo podrá imputarse la consumación del delito a aquel sujeto que haya realizado de forma completa la conducta típica, aunque la realización de la misma implique únicamente la ejecución parcial de propia mano de la acción descrita en el tipo. Por ello, también puede darse la combinación de que el autor parcialmente mediato ejecute el hecho por sí mismo, o de que el hecho se realice conjuntamente de forma mediata o de forma directa y de forma mediata por varios sujetos,<sup>552</sup> especialmente en el caso de los órganos de dirección de las personas jurídicas.<sup>553</sup> A efectos normativos puede establecerse una equivalencia entre la autoría mediata y la autoría inmediata, en particular cuando el hombre de atrás no influye directamente en el hombre de delante, sino en la situación de hecho en la que éste se mueve, de tal forma que dicha influencia dé lugar a un resultado

---

<sup>552</sup> GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 671 a 692

<sup>553</sup> En el caso de los órganos directivos o de administración de las empresas y la responsabilidad horizontal que a continuación se analizará se podría hablar de una autoría accesorio, si bien, concluyó la autora GARCÍA DEL BLANCO, V., *Op. Cit.*, que, "(...) ni el mutuo acuerdo permite superar los límites de la responsabilidad penal individual ni aporta un mayor desvalor a la conducta de cada uno de los coautores que hubieran adquirido los mismos conocimientos por otra vía distinta. Por lo tanto, la diferencia entre la autoría accesorio y la coautoría resulta ficticia," p. 695

lesivo.<sup>554</sup> La autoría en estos delitos también podrá imputarse a quien induce a otro a corromper, intentar corromper o a aceptar la propuesta corrupta de un funcionario público. La inducción tendrá lugar, las más de las veces, en el orden jerárquico de una organización criminal o empresarial. El art. 28 del CP castiga la inducción al mismo nivel que la autoría, aunque según los casos y en especial en estructuras complejas dicha solución no será siempre ecuánime. SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES estimó que en verdad la inducción constituye una figura indudablemente participativa, la cual merecería una sanción inferior a la autoría, ya que solo así atendería al menor grado de culpabilidad que la caracteriza.<sup>555</sup>

Con la finalidad de entender mejor la apreciación de la coautoría, la autoría mediata o por inducción y la participación o complicidad en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se irá analizando por separado la responsabilidad de las personas jurídicas, de las personas físicas que actúan en el seno de las mismas, y de la tercera persona interpuesta que actúa en colaboración con el sobornador.

### e.1. Responsabilidad penal de la tercera persona interpuesta

El precepto analizado castiga la corrupción o el intento de corrupción a un funcionario público, sin tener en cuenta si el particular realiza la conducta “*por sí o por persona interpuesta*”. El sujeto de este delito que soborna o se deja sobornar por el funcionario y que persigue obtener un contrato o negocio en el tráfico económico internacional, será siempre castigado como autor. La tercera persona

---

<sup>554</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia*, ADPCP, Vol. LI, Tomo 51, Mes 1-3, 1998, pp. 320, 332 a 335, 361 a 363

<sup>555</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *En los límites de la inducción*, INDRET, Revista para el análisis del Derecho, 2/2012, Barcelona, pp. 1 a 42, 34 a 37

interpuesta deberá ser castigada según los casos y según su contribución a la perpetración del delito como cooperador necesario, como cómplice o como autor inmediato.<sup>556</sup>

La responsabilidad penal por participación, en sentido estricto, se vinculará con el castigo de gratificaciones que, tal como ya se expuso,<sup>557</sup> son susceptibles de cometerse directamente por el autor o mediante persona interpuesta. Hay que hacer notar que se sancionan las conductas de quienes utilizan a un tercero para corromper al funcionario público. Las gratificaciones realizadas por quienes utilizan a un tercero para corromper al funcionario público (que pueda someterse a la legislación penal española y no se acoja a otra nacionalidad o el hecho no se cometa en el extranjero),<sup>558</sup> serán penadas según el grado de participación en el hecho delictivo. La persona interpuesta podrá ser una persona jurídica o física que actúe como intermediario o, indistintamente, denominado en adelante mediador.

La figura del mediador adquiere una especial relevancia por actuar en connivencia con la persona física o jurídica española que ejecuta o domina la acción del ilícito penal.

Las modalidades de corrupción admiten en general la participación de terceras personas, sean o no funcionarios; no hay más que fijarse en la evolución histórica de los sobornos, así como en la realidad actual de la corrupción que

---

<sup>556</sup> Entiéndase la categoría de autor inmediato, cuando el intermediario ejecute el hecho, que domina el hombre de atrás, existiendo una autoría mediata desde dentro en lo que respecta al sujeto activo descrito en el tipo, Vid. Supra III E), y la definición apuntada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., y MORILLAS CUEVA, L. (dir.) *El denominado "Delito de propia mano"*, Op. Cit., p. 32

<sup>557</sup> Vid. Supra III B) apartado b.5.2.b)

<sup>558</sup> Téngase en cuenta que si no pueden aplicarse los requisitos de persecución o no fueran competentes los Juzgados y Tribunales del ámbito penal españoles conforme al art. 23 de la LOPJ, la conducta del intermediario quedará impune.

suele producirse en la clandestinidad, y de ahí que en muchas ocasiones permanezca impune. Nada impide que la corrupción o entrega de la dádiva se lleve a cabo a través de un intermediario y no personalmente por el mismo sobornador.<sup>559</sup> Para todos los tipos de soborno se contempla la corrupción directa e indirecta.<sup>560</sup> Dado que el delito es susceptible de llevarse a cabo directamente o mediante intermediarios, es decir, de forma directa o indirectamente a través de una persona interpuesta,<sup>561</sup> viene a ser frecuente que las conversaciones, entrevistas y tratos que preceden y forman parte del pacto corrupto se realicen a través de personas jurídicas intermediarias, mediadores o personas físicas, o incluso puede tratarse de simples representantes que actúan en calidad de portavoces de los intereses del particular que corrompe. Asimismo, cabría la posibilidad de que tales intermediarios partícipes o mediadores puedan ser quienes concluyan el *pactum scaeleris*, pero sin desvelar la identidad de sus mandantes. El título de imputación a tales mediadores podrá ser como cómplice y como cooperador necesario, en función de si colaboran voluntaria y conscientemente en la trama corrupta y dominan el hecho.<sup>562</sup> Si el mediador en nombre del particular, además de ofrecer, prometer o conceder el beneficio indebido al funcionario público, se favoreciera también del acto propio del cargo del funcionario a cambio del cual entrega la ventaja,<sup>563</sup> entonces habría de ser castigado como cooperador necesario.

Con la finalidad de poder sobornar, las empresas necesitan valerse de terceros que dominen el campo donde ha de desarrollarse el contrato o el beneficio irregular, y conozcan a los funcionarios adecuados a tal fin. Este tercero

---

<sup>559</sup> STS 2052/2001 de 7 de noviembre, ROJ 8687/2001

<sup>560</sup> CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., Op. Cit., p. 2120, y el art. 1.1 del Convenio de la OCDE

<sup>561</sup> Art. 2.2 del Convenio de la UE, también el art. 15 a) de la UNCAC, y el art. 2 del Convenio del Consejo de Europa

<sup>562</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 242

<sup>563</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, pp. 118 y 119, y también RODRÍQUEZ PUERTA, M. J., *El delito de cohecho*, Op. Cit., p. 262

interpuesto resulta crucial para que la conducta se lleve a cabo.<sup>564</sup> En tal supuesto, la mediación se realiza normalmente a través de una persona jurídica profesionalizada en ese tipo de servicios en el extranjero.<sup>565</sup> Dentro del ámbito de los negocios internacionales, la figura del mediador constituye un síntoma del grado de desarrollo del fenómeno de la corrupción socioeconómica. Los intermediarios tienden a contribuir con el sujeto activo según el grado y volumen del propio tráfico de influencias que pueden ejercer sobre los funcionarios públicos extranjeros potencialmente corruptibles. Es posible que el intermediario sea una sociedad instrumental, porque de esta forma el rastro del delito se atribuirá a esa sociedad sin fondos, o sociedad fantasma, y así el cumplimiento de la condena por el delito de soborno transnacional resultará estéril. A través de este tipo de sociedades instrumentales se dificulta rastrear el origen de los fondos obtenidos como beneficio derivado de la corrupción y, por tanto, se está impidiendo la investigación del soborno oculto.<sup>566</sup> El sujeto que se valga de dicho tipo de intermediario estará utilizando un instrumento que va a favorecer la obstrucción para la persecución del delito.<sup>567</sup>

Cabe la posibilidad de que la contribución de la persona interpuesta en el soborno revista, a su vez, la forma de portavoz o emisario de las declaraciones de voluntad disimuladas en el lenguaje complejo de la alta corrupción, pudiendo incluso llegar a ser un interlocutor de las dos partes, del sujeto activo y del funcionario público, y, de esta manera, con su participación estará coadyuvando a que el delito se perpetre. Tal intervención a título de portavoz resultará irrelevante a la hora de castigar la responsabilidad penal como autoría o participación, si no media un mínimo de dolo cognoscitivo o volitivo en dicha

---

<sup>564</sup> DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, J., Op. Cit., p. 214, y NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el comercio internacional*, Op. Cit, p. 88

<sup>565</sup> Vid. Introducción y el caso de ALSTOM

<sup>566</sup> Vid. Supra III. B), apartado b.1.3. sujetos y personas jurídicas

<sup>567</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 750 a 752

interactuación, y en caso contrario podría deducirse complicidad.

La redacción del art. 286 ter apunta a que el intermediario será el que realice labores de mediación entre el particular y el funcionario extranjero,<sup>568</sup> interesando su castigo únicamente en base a la asistencia que le presta al sujeto activo y particular. El comportamiento de tal sujeto será, sin lugar a dudas, una ayuda para el sujeto que corrompe o intenta corromper y su punición, a tenor del caso concreto, se enjuiciará conforme al arbitrio judicial y a los arts. 28 y 29 del CP, relativos a las formas de participación o autoría indirecta, inducción, cooperación necesaria y complicidad. En función de cómo se desenvuelva este mediador en la ejecución del acto delictivo, se le podrá considerar coautor, cooperador necesario, cómplice o autor inmediato. Y las reglas del art. 27 y 28 del CP deberán interpretarse para que den respuesta a tal eventualidad. Podrá castigarse al intermediario como cómplice cuando se trate un miembro de una organización criminal o un empleado que ha recibido órdenes de su superior jerárquico a fin de que perfeccione el acuerdo corrupto con el funcionario. Se apreciará que dicho empleado es cómplice cuando comprenda perfectamente la ilicitud de su actuación y actúe consciente y voluntariamente, pero no ostente por sí mismo la suficiente capacidad o poder de convicción para sobornar a la autoridad o funcionario, o no posea poder de decisión propio, o de disposición, necesario para conceder la ventaja indebida al funcionario. Por el contrario, se considerará coautor al mediador, en caso de realizar junto con el particular la conducta típica descrita en el tipo penal, y se lucre además de dicha intervención, obteniendo por ejemplo una comisión de servicio.

No obstante lo anterior, si el intermediario actuase subsumido en un error de hecho o de derecho, su conducta podrá calificarse de instrumento del

---

<sup>568</sup> Vid. Supra III B) apartado b.4.2

particular que lo utiliza y actúa en la sombra como verdadero autor mediato.<sup>569</sup> En tal caso se trataría de una conducta atípica penalmente para ese tercero, y podría incluirse, eventualmente, dentro una posible autoría mediata.<sup>570</sup>

Habría que calificar como autor tanto a quien realiza la conducta por sí, como a quien lo hace mediante persona interpuesta, rompiendo con ello las reglas ordinarias de la participación previstas en otros preceptos del CP.<sup>571</sup> En cualquier supuesto, la introducción del tercero interpuesto adquiere también su significación en el sentido de que facilita acudir a la vía de la institución de la representación para la solución de ciertos conflictos en la punibilidad,<sup>572</sup> manteniendo el sujeto que induce la categoría de autor en todo momento.

La acción que realiza el mediador, como intermediario en la actuación, debe diferenciarse del tercero en beneficio de a quien el funcionario público concede el beneficio o ventaja indebidos. En otras palabras, este tercero sería el tercero interpuesto en quien revierte dicho beneficio o ventaja.<sup>573</sup> La conducta de otra posible tercera persona interpuesta, que con su aportación únicamente colaborase a ayudar al funcionario que recibe la dádiva, quedará impune por

---

<sup>569</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., Op. Cit., p. 17

<sup>570</sup> La autoría mediata, sin perjuicio de lo apuntado Vid. Supra III E) ha sido negada por cierto sector doctrinal para los casos en que el instrumento actúe dolosamente, ya que no se dan las características propias de la autoría mediata, diferenciándose de la participación donde, el que opera a través de otro con dolo, deja sometida la realización del hecho a su decisión y por consiguiente es un partícipe, no autor del mismo. Vid. con relación a la persona interpuesta del cohecho pasivo VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit. p. 245; también con carácter general a esta afirmación sin referencia singular al cohecho GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en el Derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966, p. 260; y COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte General*, Op. Cit., p. 559

<sup>571</sup> CUGAT MAURI, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., Op. Cit, p. 2120

<sup>572</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., Op. Cit., p. 17

<sup>573</sup> La autora VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 117 y 244, considera que será ese tercero el destinatario del objeto material del delito en los delitos de cohecho. También comparte la opinión respecto del tipo del art. 445, SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., p. 254

atípica con relación al art. 286 ter.

## e.2. Impunidad del funcionario público y del destinatario del beneficio o ventaja indebida conforme al art. 286 ter

La corrupción del funcionario público extranjero puede ser también punible cuando las dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas sean en su propio beneficio o en el de un tercero. Quedarían cubiertos así los casos en los que la ventaja se entrega a un tercero como consecuencia del pacto entre el corruptor y el funcionario corrupto.<sup>574</sup> Sin embargo, ni la conducta del funcionario público ni la del tercero que se beneficia del beneficio o ventaja indebidos son punibles conforme al art. 286 ter. Ahora bien, si el funcionario fuera español, y dependiendo de las circunstancias, podrá ser sancionado conforme a los delitos de cohecho pasivo; en ese caso el tercero que se aproveche del beneficio podrá ser cómplice o coautor del funcionario público castigado por cohecho, dependiendo del dominio de la acción que ostente. Asimismo podrá existir a través de ese tercero la autoría mediata desde fuera.<sup>575</sup>

Hipotéticamente, se podría considerar la posibilidad de atribuir al funcionario público, si fuera español, la condición de inductor del art. 286 ter, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para calificarse de inducción, entre ellos, que la acción sea directa, eficaz y que cause en el inducido la resolución delictiva, produciéndose por tanto un incremento del riesgo de la

---

<sup>574</sup> Cita al respecto DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., Op. Cit. “*cuando se paga al partido político al que pertenece el corruptor*”, p. 3

<sup>575</sup> Vid. Supra III B) y específicamente sobre la definición de la autoría mediata desde fuera SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *El denominado “Delito de propia mano”*, Op. Cit., p. 32



comisión del delito.<sup>576</sup> En tal supuesto debería ser el funcionario quien solicite el beneficio o ventaja indebidos al particular. Y si el particular aceptase entregar la dádiva, se podría plantear la opción de penar al funcionario público español como inductor de un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.<sup>577</sup> Pero no parece ser ésta la intención del legislador, porque podría haber tipificado el soborno pasivo en este injusto y no lo hizo y, por consiguiente, no cabrá tampoco el castigo al funcionario como inductor.

Tampoco se puede castigar la conducta del tercero a favor de quien el funcionario recibe, en su caso, el beneficio o ventaja indebidos.<sup>578</sup> El tercero que se beneficie de la contraprestación ofrecida, prometida o entregada al funcionario público extranjero resultará penalmente irresponsable conforme al art. 286 ter, en el valor entendido de que solo se castiga el soborno transnacional en su modalidad activa. Ese tercero en cuyo provecho se ofreciera el beneficio por parte del sujeto activo, no podría responder penalmente, entre otras cuestiones por la aplicación del principio de accesoriedad<sup>579</sup> que rige en materia de participación,<sup>580</sup> pues si el responsable de dicha actuación a la que va ligada es el propio funcionario público y para el mismo no se prevé una pena concreta en el art. 286 ter, tampoco se podrá castigar al tercero, teniéndose que acudir a otros delitos para poder castigar dicha conducta.

---

<sup>576</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ed. Experiencia, Barcelona, 2004, p. 386

<sup>577</sup> SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., p. 295

<sup>578</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., Op. Cit., p. 17

<sup>579</sup> La doctrina mayoritaria atiende a la entidad de la participación, distinguiendo entre la coautoría de la complicidad y la culpabilidad del partícipe. Este es el sistema de nuestro Código que, de una parte, asimila al que realiza el tipo: los que inducen directamente y los cooperadores necesarios, y, de otra, para los cómplices prevé la pena inferior en grado. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 16ª edición, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2005, p. 213

<sup>580</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 755 a 757

### e.3. Responsabilidad de los sujetos que actúan en el seno de las personas jurídicas y responsabilidad de las personas jurídicas

#### *e.3.1. Sujetos que actúan dentro de la persona jurídica*

La tipología de los sujetos que cometen estos actos corruptos suele ser la criminalidad organizada o más bien la criminalidad de empresa, que se dota de una estructura organizativa y de una amplia cartera de contactos influyentes para preparar y acometer los delitos de corrupción internacional. La criminalidad transnacional se ha ido desarrollando a la par de la globalización y el desarrollo tecnológico, encontrándose el Derecho penal con serios problemas para imputar la responsabilidad penal por delitos económicos.<sup>581</sup> Tanto es así que, en ocasiones, se hace prácticamente imposible determinar la responsabilidad de aquellos sistemas corruptos donde las víctimas son indeterminadas, y concurren pluralidad de nexos causales y pluralidad de conductas. Por dicho motivo, resulta absolutamente crucial poner en valor la autoría de las personas jurídicas y la responsabilidad individual de los sujetos que actúan en el seno de la misma.

De esta forma responderá personal y penalmente la persona física que actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, en caso de que tales

---

<sup>581</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho penal*, Revista de Estudios de la Justicia, n° 12, 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 231; <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/SOTOMAYOR%209.pdf> (4/07/2015), pp. 231 a 262

circunstancias se den en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.<sup>582</sup>

Las personas jurídicas serán penalmente responsables a título de autor por el delito corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cuando se cometan los delitos en nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto, por parte de sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma; de forma similar, cuando los delitos se cometan en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriormente aludidas, hayan realizado los hechos al haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, una vez atendidas las circunstancias concretas de cada caso.<sup>583</sup>

La cuestión de la atribución de los hechos delictivos realizados en el marco de la actividad empresarial proyecta una serie de interrogantes sobre cómo ha de fijarse la autoría y participación a partir de lo que cada interviniente ha realizado u omitido en el contexto de un plan común. Normalmente, el plan delictivo común partirá de un órgano de dirección de una empresa con facultades de organización y delegación.<sup>584</sup> El problema radica en que la realización del hecho delictivo por un grupo de personas organizado jerárquicamente y con división de funciones impide, las más de las veces, aplicar las construcciones dogmáticas diseñadas respecto a la responsabilidad penal clásica, que imputaba de forma

---

<sup>582</sup> Art. 31 del CP

<sup>583</sup> Art.31 bis del CP

<sup>584</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I., *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*, Revista penal, nº 9, 2002, Ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 108

individualizada el hecho al autor, la lesión al bien jurídico y la identificación de la víctima,<sup>585</sup> es decir, la responsabilidad personal por el hecho delictivo. Los conglomerados empresariales actuales y las estructuras organizativas internas de una empresa multinacional dificultan sobremanera la imputación objetiva al autor del hecho, pudiendo ser responsables todos los intervinientes o bien solo el último sujeto que ejecuta el acto delictivo como eslabón final de la cadena.

Resulta meridianamente claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene su origen en los actos de los directivos, sean cuales fueren, entre otros:

- que el directivo cometa el delito actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica, o
- que el directivo actúe en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

Por su parte, los empleados también podrán comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero tan solo cuando, además de empleados, sean los representantes legales o actúen individualmente o como integrantes de un órgano directivo, y estén facultados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.<sup>586</sup>

La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica hace referencia

---

<sup>585</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad de la empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLA, E., *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Huelva, Huelva, 1999, pp. 205 a 207

<sup>586</sup> Art. 31 bis 1.a) del CP

al contexto material de la actuación del directivo, en su caso el empleado, refiriéndose al contenido formal y material del mandato o representación de ese directivo o empleado en cada circunstancia. Podrá excluirse la responsabilidad de la persona jurídica si la persona física se extralimitase en sus atribuciones formales, incumpliendo los programas de prevención de riesgo y de cumplimiento,<sup>587</sup> aunque la atención debe circunscribirse a la culpabilidad individual de las personas físicas, a partir de la premisa de que con sus actuaciones sí están comprometiendo la responsabilidad penal de la persona jurídica por sus actuaciones delictivas.

- Ámbito de responsabilidad a nivel horizontal

En las actuaciones horizontales con división del trabajo o de las funciones, la imputación de la responsabilidad penal a las personas físicas se convierte en un criterio central para enjuiciar la responsabilidad del autor. Aquí es imprescindible que los sujetos hayan creado un peligro jurídicamente desaprobado y que además se produzca el resultado típico. La exigencia de responsabilidad debe ser individual, al margen de que la decisión para la comisión delictiva se haya adoptado en un órgano colegiado. Las personas físicas serán responsables por sus actos, con independencia de la posible responsabilidad de la persona jurídica que también podrá ser imputada. En el ámbito horizontal de las funciones de un órgano colegiado directivo dentro de una empresa, los distintos intervinientes tendrán una responsabilidad individual en función de su cualidad, de su ámbito de competencias materiales y de la relevancia de sus aportaciones a la comisión del delito. La decisión colegiada para llevar a cabo un soborno en nombre de la empresa no tiene porqué significar que todos los miembros del órgano que adoptó la decisión respondan penalmente de

---

<sup>587</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Lefebvre-El Derecho, publicado el 27/07/2015; [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Responsabilidad-penal-personas-juridicas\\_11\\_843055003.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Responsabilidad-penal-personas-juridicas_11_843055003.html) (23/09/2015)

forma idéntica.<sup>588</sup> Cualesquiera miembros de esos órganos directivos de una empresa, ya fuera una Junta de Socios o Accionistas, un Consejo de Administración o cualquier otro comité de dirección que salvara su voto en contra de la decisión de acometer un acto corrupto, podrían ver moderada o eximida su responsabilidad penal.<sup>589</sup>

La simple adopción de un acuerdo común para delinquir no comporta la completa realización del tipo, pero sí puede ser un presupuesto para calificar luego una coautoría, en caso de que la acción se ejecute. En teoría, se podría considerar esta aparente coautoría como una especie de conspiración, aunque no se contempla el castigo de las resoluciones manifestadas de voluntad para los delitos del art. 286 ter. En aquellos supuestos en los que ese acuerdo para cometer un delito no se llegara a ejecutar completamente por razones ajenas a la voluntad de los miembros de órgano directivo de la empresa, dichas conductas podrían ser punibles a título de coautoría mediata o coautoría en grado de tentativa, siempre y cuando el hecho hubiese sido intentado por al menos uno de los intervinientes en el plan delictivo.<sup>590</sup>

---

<sup>588</sup> Con relación a la determinación de la responsabilidad criminal de los miembros de un órgano colegiado, declara ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M. J., (coord.), *Lecciones de Derecho penal, (parte general)*, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Op. Cit., que la adopción de acuerdos constitutivos de delito en un Consejo de Administración no significa que por el hecho de ser miembro del Consejo deba derivarse automáticamente una responsabilidad criminal, ni tampoco supone que el hecho de votar sea determinante, sino que deberá atenderse al comportamiento posterior al voto, tanto si el Consejero ha votado a favor, como si ha votado en contra o se ha abstenido. Solo podrá evitarse la responsabilidad criminal si se impide la ejecución del acuerdo. Se considera en este supuesto que se trataría de un delito de omisión, motivo por el cual se valorará la exención de responsabilidad penal en función de si el Consejero ha impedido la ejecución del acuerdo adoptado por la mayoría, siendo garante de la no producción del resultado delictivo, pp. 208 y 209

<sup>589</sup> Sucede de igual forma en los delitos urbanísticos, art. 320 del CP, en los delitos contra el patrimonio histórico, art. 322 del CP y en los delitos contra el medio ambiente, art. 329 del CP, si bien no cabe la aplicación de la analogía, según art. 4.1 del CP, pero a efectos de individualización de la pena podría aplicarse como atenuante, ex art. 22 del CP

<sup>590</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I., Op. Cit., p. 109

No es imprescindible que el coautor intervenga en la ejecución posterior, sino que puede incitar a otro a que realice la conducta típica con el funcionario público. Dentro de la coautoría ejecutiva, también cabe otra forma de realización conjunta del delito; se trata de aquella en la que alguno de los coautores tomó la decisión del acuerdo corrupto y pusieron los medios al alcance del ejecutor final, pero no están ni estuvieron presentes en su ejecución.<sup>591</sup> Este tipo de co-ejecución de las conductas de decisión colegiada conlleva una significación casi tan relevante como la ejecución material de la conducta típica, porque sin la presencia de dichas conductas el autor material que ejecuta el hecho no hubiera llevado a cabo el soborno, ni hubiera dispuesto quizá de los contactos y medios económicos adecuados para corromper en forma idónea al funcionario.

La fórmula de dividir horizontalmente la responsabilidad de los sujetos que actúan en el seno de una empresa permite situar en primer plano la responsabilidad personal de los socios, consejeros, administradores y directivos que desempeñan el papel clave en el diseño y planificación del acuerdo estratégico para llevar a cabo el soborno, a pesar de que luego no participen en la ejecución material del delito,<sup>592</sup> y en cualquier caso podrán ser castigados como coautores.

#### - Ámbito de responsabilidad a nivel vertical

La responsabilidad de las personas físicas a nivel directivo de una organización vertical de la empresa, o de distintas sociedades pertenecientes a un mismo grupo o manejadas por un *holding*, se construirá generalmente sobre la

---

<sup>591</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?*, Revista Penal, nº 9, 2002, Ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 66

<sup>592</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?*, Op. Cit., p. 75

base una autoría mediata a través del dominio de la organización empresarial o criminal.

La actividad realizada por una organización criminal con división jerárquica destaca por un dominio sobre la misma, y para ello se requieren tres presupuestos indispensables:

- que se trate de un aparato organizado de poder con una estructura jerárquica rígida;
- que se verifique una efectiva fungibilidad del autor inmediato; y
- que el aparato de poder hubiese optado por la *vía criminal*.<sup>593</sup>

En los casos de criminalidad organizada, la autoría mediata se detectará en quien dé las órdenes en los aparatos organizados de poder, aunque el autor directo sea el responsable. El fundamento se encuentra realmente en el dominio de la voluntad, concretado en el dominio de la organización. Este dominio conlleva la posibilidad de reemplazo de los que intervienen en los niveles inferiores y ejecutaran directamente el hecho de forma automática. El dominio de esta configuración superior, que fundamenta la autoría mediata, se basa en que la sujeción de un subordinado merma la capacidad de oponerse a la ejecución delictiva propuesta por los superiores de la organización. En el supuesto de que los subordinados tuvieran reducida u oprimida la libre determinación de la voluntad de forma autónoma y no pusieran resistencia ante las órdenes recibidas,

---

<sup>593</sup> ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Op. Cit., p. 242, y también en *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal* (traducción CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 1998, p. 267



aún así, deberán ser castigados a título de cómplices.<sup>594</sup>

Los criterios expuestos para destacar la responsabilidad vertical de una organización criminal pueden extrapolarse a la criminalidad de empresa. La responsabilidad vertical en el seno de una empresa cabría valorarse como una autoría mediata y, según los casos, también como una participación en el delito a título de complicidad. La división jerárquica del trabajo en el ámbito empresarial puede trasladar la responsabilidad a través de la delegación hacia abajo. Dicha delegación ha de ser precisa, especial y temporalmente limitada, pero también puede referirse a las tareas del nivel superior o más elevado. Los delegados deberán tener la capacidad suficiente como para asumir las funciones encomendadas, ya que de lo contrario concurriría la figura del error para la imputación de responsabilidad penal. Si la persona competente para determinado ámbito empresarial ordenara a sus ayudantes a emprender acciones que se identificaran con el tipo penal, sea corromper o intentar corromper a un funcionario público, entonces podrá haber por parte del superior no solo una inducción, sino una autoría, pues también él tenía suficiente capacidad para sobornar, si bien prefirió encomendar la ejecución a sus subordinados. En el caso de que en los propios instruidos o subordinados faltase un dominio del hecho y de la voluntad, tendrán que responder por meros cómplices, sin excluirse la posible coautoría para determinados casos especiales.<sup>595</sup> En otras palabras, la responsabilidad vertical, hacia arriba o hacia abajo en el orden jerárquico empresarial, podría comprender tanto al que ordena como al que ejecuta.

Recapitulando, el hecho delictivo podrá imputarse a los miembros del órgano de dirección a título de autores mediatos sobre la conducta del

---

<sup>594</sup> BOTTKE, W., *Criminalidad Económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania*, Revista Penal, n° 4, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 25

<sup>595</sup> TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal Económico. Parte General y Especial*, Op. Cit., pp. 175 a 177

subordinado, quien obra como autor inmediato, salvo en aquellos supuestos que el subordinado actúe bajo error o en estado de necesidad. Si el subordinado que cometiese el delito fuera un sujeto plenamente capaz y responsable a efectos penales, responderán los superiores como inductores. Y el subordinado que finalmente ejecute el hecho delictivo, es decir, que entregue el beneficio o ventaja indebida al funcionario público, podrá ser castigado como coautor o cómplice, a tenor de la conciencia y voluntad que en él concurra.

### *e.3.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*

En orden a controlar el problema de la corrupción internacional, los entes colectivos constituyen un núcleo de imputación jurídica más relevante y complicado que las personas físicas. Los sobornos para obtener la adjudicación de contratos (o ventajas económicas de gran tamaño) acostumbran a tener lugar a través de grandes corporaciones empresariales que aspiran a lograr una posición más competitiva en el mercado.<sup>596</sup> La criminalidad de la empresa parte de la inserción de conductas ilícitas en el contexto de una actividad empresarial lícita. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se asienta sobre la actuación de la persona física, responsable legal, que comete el delito en nombre de la sociedad. La responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa, puesto que no realiza propiamente un tipo delictivo, sino que requiere de una persona física. Esta regulación, en verdad, viene a confirmar el axioma de que las personas jurídicas no pueden delinquir, ya que tienen que ser las personas físicas quienes lo hagan por ellas.<sup>597</sup> Por tanto, se puede afirmar que se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sentido figurado, y no porque

---

<sup>596</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., pp .82 y 83

<sup>597</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *¿Responsabilidad penal para los entes sociales?*, tomo 62, en ADCP 2009, pp. 150 y 155, señala que no solo se mantiene la fórmula clásica, sino que puede afirmarse *societas delinquere non poterit* o incluso *societas non delinquenda*

ahora tras las últimas reformas del CP puedan delinquir directamente, sino porque otras personas delinquen por, para o a través de ellas. Rige, pues, un modelo de hetero-responsabilidad vicarial o también denominado sistema mixto de imputación de la persona jurídica, donde se transfiere el delito cometido por la persona física a la persona jurídica.<sup>598</sup> La persona jurídica responde penalmente por la actuación de otra persona, directivo o empleado, siempre que concurren determinados presupuestos. Realmente, se trata de un supuesto de responsabilidad por hechos ajenos. Debe probarse que por parte de la persona física se ha cometido un delito y que se cumplen los presupuestos de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. A fin de moderar la responsabilidad penal de la persona jurídica habrá que atender al presupuesto de conexión entre la conducta de la persona física y la contaminación a la persona jurídica, y ello por medio del grado de ejecución de los programas de cumplimiento y el debido control que debe ejercerse por las personas con poder de representación societaria de máxima autoridad y nivel, así como las personas físicas sometidas a la autoridad de las antes referidas.<sup>599</sup>

La responsabilidad penal de la persona jurídica no sustituye a la de la correspondiente persona física, sino que puede acumularse a ésta, es decir, por la comisión de un delito pueden responder tanto la persona física como la persona jurídica, aunque también es posible que responda únicamente la persona jurídica y concurra una exención de responsabilidad de carácter personal de la persona física. La persona jurídica puede responder penalmente del delito, a pesar de que la persona física: a) no haya sido individualizada, b) no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, c) esté exenta de responsabilidad por falta de culpabilidad, d) haya fallecido, o e) se haya sustraído a la acción de la justicia.

---

<sup>598</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo/Buenos Aires, 2010, pp. 233 y ss.

<sup>599</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Op. Cit., pp. 160 a 162

Así pues, no siempre es necesaria la condena de la persona física para inculpar a la persona jurídica, ya que se entiende que esta última, en teoría, ostenta personalidad propia y autónoma, dado que ambas responsabilidades no tienen que entenderse en un sentido simétrico o idéntico. Tampoco se tendrán en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes en la persona física a los efectos de graduar la responsabilidad penal de la persona jurídica. En consecuencia, pueden responder del delito tanto la persona física como la persona jurídica, o únicamente una de ellas, en caso de concurrir algún supuesto de exención de responsabilidad penal para la persona jurídica o para la persona física. Se establece la autonomía entre persona física y jurídica en orden a las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o que agraven su responsabilidad. No obstante, pero en virtud de los presupuestos de transferencia de responsabilidad, la culpabilidad de la persona jurídica se basa en un hecho ajeno, pues a pesar de que las personas jurídicas sean sujetos de Derecho penal, no significa que puedan actuar exactamente igual que una persona física.<sup>600</sup>

De igual modo, pueden responder de un mismo delito una pluralidad de personas físicas y de personas jurídicas, ya que no se excluye expresamente la codelincuencia;<sup>601</sup> esta situación fáctica resulta fácil de concebir precisamente en la delincuencia organizada o criminalidad de empresa.

La culpabilidad de las personas jurídicas se basa, por una parte, en el caso de personas con poder de representación o directivos que cometen el delito en nombre o por cuenta de las mismas y, por otra parte, en el supuesto de empleados que actúan en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta y en provecho de

---

<sup>600</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Op. Cit., pp. 162 y 163

<sup>601</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 202; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 283

las personas jurídicas, siempre y cuando hubieran estado sometidos a la autoridad de las personas físicas y hubieren podido realizar los hechos delictivos al no haberse ejercido sobre ellos el debido control, una vez atendidas las circunstancias concretas del caso. Tales argumentaciones no integran realmente una verdadera culpabilidad de la persona jurídica, simplemente constituyen elementos típicos que definen la responsabilidad penal de los entes colectivos con personalidad jurídica. Las personas jurídicas responderán por los actos de los representantes legales de los representantes orgánicos y de los representantes voluntarios, esto es, de las personas autorizadas a tomar decisiones, aunque no tengan un poder de mando propiamente dicho,<sup>602</sup> porque bastará que *estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*.

A consecuencia de lo anterior, se puede constatar la existencia de una accesoriedad restringida a la tipicidad y a la antijuridicidad de la conducta de la persona física respecto de la culpabilidad de la persona jurídica.<sup>603</sup> La culpabilidad, la punibilidad y los requisitos de persecución de la persona física pueden ser valorados independientemente de la responsabilidad de la persona jurídica. Es difícil atribuir *ipso iure* la autoría directa, mediata o coautoría a la persona jurídica, en los términos previstos en la regulación legal actual de estas clases o categorías de autoría. A lo sumo, se le puede imputar una forma *sui generis* de participación. La persona jurídica no realiza realmente una forma autónoma de autoría del delito, sino que se trata de participación impropia en el delito cometido por la persona física.<sup>604</sup>

---

<sup>602</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, J., *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013*. Trabajo incluido en el Informe de la Sección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Madrid, sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y la Ley del Poder Judicial. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 31 a 33

<sup>603</sup> MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 58 a 70

<sup>604</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.) y MONTANER FERNÁNDEZ, R., (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance, prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013, p. 35

Sin perjuicio de que la calificación más acertada para imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas sea a título de una participación impropia, o una participación por omisión imprudente<sup>605</sup> debido al defecto de organización y autocontrol, no se tiene que descartar la apreciación de una autoría mediata y una participación o codeinfluencia delictiva entre varias sociedades, incluyéndose la posibilidad de una inducción de una persona jurídica a otra persona jurídica. Todo ello es perfectamente extensible al resto de formas de participación, a los efectos de la correcta valoración de la responsabilidad penal.<sup>606</sup>

De acuerdo a lo expuesto con motivo de los sujetos en los delitos analizados,<sup>607</sup> serán penalmente responsables las personas jurídicas como autores o coautores si se comete el soborno transnacional en nombre o por cuenta de las mismas, o en su beneficio directo o indirecto. Esta responsabilidad deviene de la actuación delictiva que realicen sus representantes legales; por ejemplo, los miembros integrantes de un órgano de dirección u organización que ostente facultades de control interno. Cuando en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta o en beneficio indirecto de la persona jurídica sea cometido el soborno por personas físicas que hubiesen incumplido los deberes de supervisión, vigilancia y de control internos, establecidos en programas de cumplimiento legal, ello dará lugar a exigir la responsabilidad penal de la persona jurídica.<sup>608</sup> Será exigible la responsabilidad penal de las personas jurídicas a título de autor siempre que se constate que la comisión del delito fue realizado por el representante legal, incluso cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. La

---

<sup>605</sup> RODRÍQUEZ RAMOS, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ponencia en las III Jornadas de Derecho penal Económico, instrumentos penales y procesales en la persecución de los delitos económicos, marzo 2015, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

<sup>606</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Op. Cit., pp. 145 y ss

<sup>607</sup> Vid. Supra III B) apartado b.1.3.

<sup>608</sup> Art. 31 bis del CP

responsabilidad penal de las personas jurídicas irá generalmente unida a la actuación, a título de autor o coautor, de una persona física en nombre de la sociedad, si bien las circunstancias personales que afecten de forma individual a la persona física, constituyendo circunstancias agravantes o atenuantes, no modificarán la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>609</sup>

El representante de la persona jurídica manifiesta la voluntad de ésta, y su vinculación con la sociedad permite una identificación a efectos punitivos, lo cual no se da en el caso del empleado; ello explicaría, en principio, que en el caso del representante el CP no mencione la infracción del debido control. La persona jurídica, por su parte, deberá establecer mecanismos para evitar que sus representantes actúen de manera delictiva. La responsabilidad de la empresa no se apreciará de forma automática, sino que cabrá ser valorada a efectos de minorar la pena, además de las precauciones eventualmente establecidas para evitar el delito cometido. En el caso del representante legal, el alcance de la responsabilidad penal de la persona jurídica conlleva aplicar un el doble sistema de imputación, que distingue entre los supuestos del representante y los del empleado no sometido al debido control empresarial interno para evitar el delito en cuestión. Mas este sistema vicarial no conduce necesariamente a establecer la responsabilidad objetiva de la persona jurídica como regla general.<sup>610</sup>

En caso de que el representante no ejerciera el debido control sobre el empleado o le incitase a cometer el delito, involucrando a la persona jurídica, se podrá apreciar una autoría mediata de la persona jurídica y del representante legal respecto del empleado, que será quien ejecute la acción delictiva de forma

---

<sup>609</sup> Art. 31 ter del CP

<sup>610</sup> GARCÍA ARÁN, M. (dir.); REBOLLO VARGAS, R.; CUGAT MAURI, M.; BAUCELLS I LLADÓS, J.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.; MORÓN LERMA, E.; CUENCA GARCÍA, M. J.; GUARDIOLA LAGO, M. J.; CASAS HERVILLA, J., *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 59 a 62

inmediata.<sup>611</sup> El empleado podrá ser castigado como cómplice, sin perjuicio de que pueda concurrir alguna causa de justificación como, por ejemplo, el miedo insuperable a perder su puesto de trabajo si desobedeciese las órdenes del superior. El representante legal será castigado a título de autor y en todo caso respecto del supuesto indicado. En cambio, la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad siempre y cuando antes de la comisión del delito hubiese adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir<sup>612</sup> el delito de soborno transnacional.

La responsabilidad penal de la persona jurídica podrá excluirse o moderarse si se acredita la implantación y cumplimiento de modelos de organización y gestión adecuados. El art. 31 bis 2º exime de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el supuesto de que se cumplan determinados requisitos en los sistemas de control internos, que deberán adaptarse a las pautas que indica el apartado 5º del citado precepto, aunque lo hace de una forma genérica. El art. 31 quater regula la atenuación de la pena que pueda imponerse a las personas jurídicas en relación a la supervisión e implantación de los citados programas de cumplimiento internos. La moderación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos analizados se basará principalmente en la acreditación del seguimiento y cumplimiento de los programas de organización y gestión anticorrupción.

La exoneración y atenuación de la responsabilidad penal se identifica en el debido control sobre las disposiciones, mecanismos e instrumentos que, de manera formal o informal, ha de establecer la persona jurídica con el fin de evitar que en su nombre o en su provecho se cometan infracciones delictivas. Más concretamente, la *compliance* es un sistema normativo que, conformado por

---

<sup>611</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal Español. Parte General. En esquemas*, 3.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 251

<sup>612</sup> Art. 31 bis 4º del CP



diversas fuentes, constituye una forma de control social empresarial. Estos sistemas no solo incrementan el valor de las empresas, sino que tienen efectos preventivos y de detección de comportamientos delictivos. La *compliance*, en tanto que sistema de prevención de comportamientos desviados, adquiere un papel importante a la hora de valorar la infracción del debido control por parte de la persona jurídica, como un elemento básico de su responsabilidad penal. Puede operar de modo similar al que ejercen determinados protocolos profesionales en la valoración de la infracción de la norma de cuidado, en la clásica responsabilidad penal de las personas físicas por delitos imprudentes. Ello no obstante, no cabe que la infracción del debido control gire exclusivamente en torno a la existencia, ausencia o infracción de un sistema específico de *compliance*, puesto que es posible que se dé tanto la infracción del debido control en casos en que esté previsto tal sistema de cumplimiento normativo, como a la inversa, de comportamiento social correcto pese a no tenerlo. Situada en un ámbito extra-penal, la *compliance* puede ser un factor a considerar en la valoración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Igualmente puede dar contenido al debido control, entendido como norma penal en blanco o, en algunos casos, tener efectos en la inexigibilidad a la persona jurídica de responsabilidad por los delitos cometidos dentro de su ámbito de aplicación.

En suma, la valoración penal es relativamente autónoma del programa de *compliance* existente en el caso concreto, debido a que la existencia de un sistema de organización y control no puede convertirse sin más en una circunstancia eximente, sino que la idoneidad del control debe ser valorada en cada caso.

En virtud de lo expuesto, solo podrán evitarse y prevenirse los delitos de corrupción si la empresa controla realmente su nivel efectivo de implantación. Los sistemas de cumplimiento normativo de las empresas se enfocan a disuadir de forma coercitiva la comisión delictiva de los representantes legales, así como

de cualquier empleado, si bien es cierto que sirven para limitar la responsabilidad penal de la sociedad, habiéndose advertido, ya hace tiempo, que el efecto de tal prevención general en los delitos dolosos resulta modesto.<sup>613</sup>

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, regulada en el CP, no enumera a las personas jurídicas a quienes les será aplicable el sistema consagrado del art. 31; únicamente se menciona a los sujetos que serán excluidos de su aplicación. De esta forma, no serán sujetos de responsabilidad criminal: el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, los partidos políticos y sindicatos, las organizaciones internacionales de derecho público, ni tampoco aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, o administrativas, ni cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 bis 5 CP).

Las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicio de interés económico general, podrán ser castigadas en caso de apreciarse que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el único propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, como puede ser el haber corrompido a un funcionario público en el marco económico comercial. Así pues, la influencia pública indirecta en la comisión de delitos de corrupción internacional a través de personas jurídicas creadas *ad hoc* para cometer fraude, no queda impune. La casuística actual pone de manifiesto el carácter societario en exceso enrevesado de algunas entidades semipúblicas, que cometen defraudaciones y actos corruptos y merecen por tanto que se les exija responsabilidad penal como si de persona jurídica privada se tratase, evidentemente siempre que incurran en

---

<sup>613</sup> GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Op. Cit., pp. 63 a 66

fraude de ley respecto a la forma jurídica que adquieren y el resultado que persiguen.<sup>614</sup>

De igual modo podrían aparecer problemas aplicativos de la autoría y participación, cuando determinadas estructuras empresariales complejas, ya sean privadas o semipúblicas, sirvan de base para desviar e impedir la persecución de la responsabilidad penal. Tal es el caso de ciertas instituciones u organismos, o de un grupo de empresas, o de la transformación societaria durante el proceso penal. Estos supuestos no han quedado suficientemente regulados. Una forma de indagar dicho entramado mercantil puede ser a través de la investigación en las distintas entidades que participan en el *holding*, hasta llegar a la que se encuentre en la cúpula del grupo, y ello mediante la teoría del levantamiento del velo.<sup>615</sup> Sin embargo, la tarea no resulta fácil, más aun cuando las empresas poseen domicilio fuera del territorio español; a eso hay que añadir que penalmente el CP no ofrece una definición de empresa o sociedad en términos económico-penales.

Por otra parte y respecto a los cambios estructurales de la persona jurídica, es conveniente advertir que el art. 130.2 CP<sup>616</sup> regula las posibles mutaciones que aquélla pueda experimentar, estableciendo el traslado de la responsabilidad penal a la entidad resultante de la transformación, fusión, absorción o escisión. Los tribunales podrán moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en

---

<sup>614</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *La responsabilidad penal de los partidos como personas jurídicas*, Op. Cit., p. 8

<sup>615</sup> Vid. Supra III B) apartado b.1.3

<sup>616</sup> Art. 130.2 CP: “2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.”

función de la proporción que la persona jurídica, originariamente responsable del delito, guarde con ella. La disolución encubierta de la persona jurídica no extingue la responsabilidad penal si la persona jurídica continúa su actividad económica y si continúa manteniendo la misma mecánica funcional y ejecutiva: cartera de clientes, proveedores y plantilla de empleados, entre otros elementos. La responsabilidad penal a título de autor se trasladará a la sociedad transformada, fusionada o absorbida, a pesar de que dicha disposición pueda provocar problemas prácticos debidos a la incompatibilidad a efectos societarios; entre otras situaciones que pueden tener lugar, hay que destacar el tercer nuevo socio de buena fe.<sup>617</sup>

A modo de corolario cabe concluir que, dada la complejidad de la corrupción transnacional perpetrada por grandes multinacionales, se hace necesario contemplar múltiples y diversos supuestos desde perspectivas distintas, para poder enjuiciar el grado de autoría y participación de las personas físicas, de las personas jurídicas, de ambas a la vez y de los terceros intermediarios que interactúan a favor de los autores. La magnitud de alternativas enrevesadas que presenta la corrupción internacional y afectan al soborno transnacional, no hacen posible elaborar un criterio homogéneo sobre la autoría y participación en estos delitos. Lo único inmutable que debe tomarse como punto de partida para analizar en cada caso el tipo de autoría, radica en que se trata de delitos autónomos donde converge una pluralidad de sujetos, o al menos dos. En toda circunstancia su comisión no es de propia mano y son delitos de resultado cortado.

---

<sup>617</sup> FERRE MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 43 y 44

## F) Penas y Concursos

### f. 1. Penas

El CP vigente no responde a ningún modelo de teoría de la pena, pero se destaca, en virtud del principio del cumplimiento efectivo de las penas, un fuerte matiz preventivo general intimidatorio, además de un marcado carácter de prevención especial. Las teorías de la unión no han sido tampoco expresamente recogidas en el CP pero, sin embargo, en la práctica han sido acogidas en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, en la fase de individualización judicial de la pena.<sup>618</sup>

#### *f.1.1. Reformas legislativas y regulación actual de las penas del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*

La importancia y gravedad de las conductas corruptas que atacan al sector público precisan para su represión que, de forma previa, se apliquen medidas penales adecuadas a todo el conjunto de figuras delictivas conexas dentro de la corrupción del sector público, como son la corrupción en el sector privado y el tráfico de influencias. La persecución y sanción de estas conductas puede ser la vía más eficaz para combatir la corrupción que afecta a ambos sectores, el público y el privado. La corrupción merece sancionarse con penas de carácter disuasorio, efectivas y proporcionales a la entidad y gravedad del hecho delictivo

---

<sup>618</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M. J. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, (parte general)*, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Op. Cit., pp. 44 a 46

cometido.<sup>619</sup>

Las penas del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales castigan solo la conducta del particular, fuera éste persona física o jurídica. No se prevé ninguna pena para la autoridad o funcionario público, por lo que la punibilidad de su conducta no será objeto de estudio, pues supondría tener que acudir al análisis de otros injustos a fin de cubrir el castigo de la actuación del funcionario y ello, además, excedería el ámbito de investigación del presente trabajo.

Las penas del art. 286 ter han sido objeto de modificaciones legislativas variopintas. El antiguo 445 bis<sup>620</sup> establecía la pena para los responsables del delito, valiéndose de un sistema de remisión al antiguo art. 423 relativo al cohecho activo.<sup>621</sup> Este último precepto castigaba a los particulares que sobornasen a un funcionario público español, aplicando las penas correspondientes a los autores de cohecho pasivo. Dichas penas, impuestas a los funcionarios que cometieran cohecho y que se aplicaban al particular y autor del sujeto activo, se determinaban en función de la gravedad de la conducta realizada por el funcionario público en el ejercicio de sus potestades.

La remisión al delito de cohecho para aplicar y determinar la pena a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales evidenció, una vez más, la intención del legislador de mostrar el paralelismo entre el soborno internacional y la figura tradicional del cohecho penal regulada en el CP. Ese sistema de determinación de la pena por remisión a los tipos de cohecho resultó complejo y confuso. Sería preferible, con relación a la redacción de ese

---

<sup>619</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Iniciativas internacionales contra la corrupción*, Op. Cit., p. 25

<sup>620</sup> Art. que fue introducido por LO 3/2000 de 11 de enero

<sup>621</sup> La valoración de la pena aplicable del antiguo art. 445 bis con la remisión al art. 423 abarcaba a su vez el contenido de las penas de los arts. 419, 420 y 421; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., Op. Cit., p. 24

antiguo precepto y al nuevo art. de estos delitos, que existiera la regulación de una única pena más elevada para que el plazo de prescripción sea también mayor, entre otros motivos, porque este tipo de delitos son de persecución difícil y requieren diligencias complejas y que se dilatan en el tiempo para su investigación.

El sistema de remisión del antiguo precepto 445 bis se consideró ambiguo, confuso e innecesario.<sup>622</sup> El producto de tal remisión de penas vino a suponer la distinción entre los casos en que el sujeto activo tomaba la iniciativa del cohecho y aquellos otros en los que el sujeto admitía el cohecho propuesto por funcionario público. En el primero de los supuestos se podían dar posibilidades diferentes según: si el acto que debía ejecutar el funcionario era una acción o una omisión constitutiva de delito, se aplicaría prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva otorgada e inhabilitación especial de siete a doce años; si el acto era injusto pero no constituía delito, correspondería prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de seis a nueve años, en caso de haberse ejecutado efectivamente, y prisión de uno a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años, en caso de no haberse ejecutado; por último, si el acto consistía en abstenerse de realizar un deber u obligación, se aplicaba multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial de uno a tres años. En el segundo de los supuestos citados de ese sistema de remisión, cuando el sujeto activo aceptaba la solicitud corrupta del funcionario la pena era idéntica a las aludidas anteriormente, aunque rebajadas en un grado.<sup>623</sup>

El Convenio de la OCDE<sup>624</sup> dispuso que los Estados miembros deberían garantizar que las infracciones de corrupción fueran siempre objeto de sanciones

---

<sup>622</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 123; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. y ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 755 a 757

<sup>623</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., p. 756

<sup>624</sup> Art. 3.3 del Convenio de la OCDE

penales, debiendo ser proporcionadas, eficaces y disuasorias. Se establecía, además, que la escala de penas tendría que ser equiparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de cada Estado.<sup>625</sup> También en esta línea, el Convenio de la UE<sup>626</sup> contempla que las penas deberán ser privativas de libertad para los casos más graves que puedan dar lugar a la extradición.

El Grupo de Trabajo de la OCDE,<sup>627</sup> encargado de evaluar el cumplimiento de las obligaciones del Convenio de la OCDE, destacó en su primer Informe y en lo que respectaba a España, que el sistema de remisión de penas que regía en el antiguo art. 445 bis permitía que algunas conductas típicas no estuvieran sancionadas con pena de prisión, y que en otras la gravedad de las sanciones no facilitaba extraditar ni acudir a otros instrumentos de cooperación jurídica internacional. También fue objeto de críticas que, con motivo de la levedad de las sanciones, los plazos de prescripción para esos delitos de corrupción fueran tan reducidos.

Ninguno de esos aspectos recomendados por el Grupo de Trabajo de la OCDE fue atendido en la reforma operada por LO 15/2003 que afectó al antiguo art. 445 bis, puesto que se mantuvo el mismo sistema de remisión de penas a los delitos de cohecho, en concreto al antiguo art. 423 del CP.

Gracias a las recomendaciones del segundo Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE<sup>628</sup> se satisficieron determinados aspectos a través de la siguiente

---

<sup>625</sup> Art. 3.1 del Convenio de la OCDE

<sup>626</sup> Art.5.1 del Convenio de la UE

<sup>627</sup> Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE , Fase 1, Revisión de la Implementación del Acuerdo y la Recomendación de la OCDE de 1997, Marzo 2000; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2389614.pdf> (30/08/2014)

<sup>628</sup> Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE, Fase 2, Recomendaciones sobre la aplicación del Acuerdo de la OCDE 1997 para luchar contra la corrupción de los funcionarios públicos en las transacciones comerciales internacionales, Marzo 2006; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/36392481.pdf> (30/08/2014)



reforma de la LO 5/2010. Se cambió totalmente el sistema de sanciones, y se tipificaron penas específicas para los delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales, sin remisión alguna a otros preceptos. En coherencia con lo que marcaba el Convenio OCDE mediante esa reforma, se elevaron las penas privativas de libertad y se instauró un doble sistema de multa para que la multa pudiera llegar a tener efectos confiscatorios.<sup>629</sup> Este sistema sustituyó al viejo sistema del cohecho donde se configuraba la pena de multa en proporción al valor de la dádiva. Igualmente se introdujeron penas de privación del derecho de participación en concursos públicos, así como la obtención de ayudas públicas.<sup>630</sup>

La falta de claridad en las anteriores regulaciones de las penas de estos delitos determinó la derogación y mejora técnica de la reforma mediante la LO 5/2010, introduciéndose así penas concretas y sin remisión a otros preceptos para el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, ubicado en el anterior art. 445 del CP. La tendencia legislativa hacia estas conductas estableció mediante esta reforma una penalidad expresa para el tipo, alejándose así de la remisión que anteriormente se hacía al delito de cohecho activo.<sup>631</sup> En concreto, para el autor se previó: la pena de prisión entre dos y seis años; la multa proporcional del tanto al duplo del beneficio obtenido si el montante de la multa fuera inferior al valor del beneficio obtenido; la pena de prohibición de contratar con el sector público; la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales de la Seguridad Social; y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de

---

<sup>629</sup> Art. 3.4. del Convenio de la OCDE: "(...) tomar las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable."

<sup>630</sup> Art. 3.4.2 del Convenio de la OCDE

<sup>631</sup> MORILLAS CUEVA, L. (coord.) y AAVV, *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 966 y 967

trascendencia pública, todas ellas por tiempo de siete a doce años.<sup>632</sup> Asimismo, se reguló una agravación si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad. Para el supuesto en que mediara responsabilidad penal de una persona jurídica se estableció, por una parte, la pena de multa de dos a cinco a cinco años o del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuera más elevada y, por otra parte, diferentes penas limitativas de derechos, establecidas en el art. 33.7 del CP, a imponer potestativamente y consistentes en el caso que aquí atañe en la disolución, la suspensión de actividades, clausura de locales y la prohibición de realizar determinadas actividades u obtener ayudas públicas.

La reciente y última reforma de la LO 1/2015 ha modificado nuevamente las penas de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y ha vuelto a implantar de forma parcial un sistema de remisión en las penas, por cuanto regula el castigo para los culpables de los delitos del art. 286 ter con penas concretas, *“salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código”*. De nuevo, parece atisbarse una cierta inseguridad jurídica y un desconcierto en la atribución de una pena concreta a unos hechos delictivos concretos y típicos. Dicha remisión pone en evidencia el carácter heterogéneo de los elementos típicos de este injusto, pues si la conducta encaja en otro tipo delictivo que tenga prevista una pena más grave, será ese otro precepto el que se aplique y no las penas del art. 286 ter.

---

<sup>632</sup> CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal, reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, explica y vincula la imposición de la pena de prohibición de contratar con el sector público, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, así como la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública, con relación al art. 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, tras la transposición al Ordenamiento Jurídico español de la Directiva 2004/18/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y servicios, pp. 967 y 968

Esta reforma de la LO 1/ 2015 también ha ido encaminada a endurecer las penas de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, previendo de tres a seis años de privación de libertad. Con anterioridad a esta reciente reforma se situaba la pena mínima del tipo en dos años de privación de libertad. La actual pena de multa es de doce a veinticuatro meses, y en caso de que el beneficio obtenido sea superior a la cantidad resultante, la multa ascenderá del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. La anterior regulación de estos delitos establecía la multa proporcional del tanto al duplo.

Por consiguiente, se ha incrementado la severidad de las penas de prisión y multa con la nueva reforma penal. La reforma legislativa tiene como finalidad endurecer las penas en los delitos de corrupción en general y así se ha reflejado en el precepto analizado, aunque debe cuestionarse si el aumento de la pena de prisión y de la multa proporcional resulta proporcionado a este injusto en comparación con otras conductas corruptas afines. La pena mínima del cohecho activo<sup>633</sup> es inferior a la pena mínima del tipo del art. 286 ter, a pesar de que, paradójicamente, pueda cometerse el soborno transnacional con un funcionario público español. De igual manera, los delitos relativos a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función<sup>634</sup> contienen también una pena mínima del tipo privativa de libertad e inferior a la de los delitos analizados. La agravación de la pena privativa de libertad en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales es desproporcionada, teniendo en cuenta, además, que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con el simple ofrecimiento o solicitud. Otros agravamientos de la pena de prisión y de la multa proporcional

---

<sup>633</sup> Art. 424 del CP remite a los arts. 420 y 422, aplicándose la pena del cohecho pasivo

<sup>634</sup> Arts. 439 al 443 del CP

quedan introducidos en los arts. 286 quater y 288.

En lo referente a las penas privativas de derechos, respecto a esta última reforma, permanecen intactas respecto de la anterior regulación del soborno transnacional, es decir, se sanciona al autor con la pena de prohibición de contratar con el sector público, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, así como la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública, todo ello por un periodo de siete a doce años. Sin embargo, llama la atención que estas penas no aparecen ni en la relación general del art. 33 ni entre las penas privativas de derechos en el art. 39.<sup>635</sup>

Las penas impuestas a las personas jurídicas en la anterior regulación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, comprendían la multa de dos a cinco años o del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuera más elevada, sin perjuicio de la aplicación de la moderación de las reglas del art. 66 bis. La regulación actual a partir de la LO 1/2015 no contempla una mención expresa a las penas a imponer a las personas jurídicas en el art. 286 ter, sin embargo en el art. 288. 2º del CP, que se aplica a todo el Capítulo xi, contiene la misma regulación de las reglas establecidas en el artículo 66 bis, pudiendo los jueces y tribunales imponer igualmente las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

---

<sup>635</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La reforma del Código penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo*, Ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 258

*f.1.2. Circunstancias modificativas que atenúan la responsabilidad penal de los sujetos activos en los delitos del art. 286 ter*

La responsabilidad penal de los sujetos activos del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales podrá verse atenuada o excluida. Las causas de justificación y las circunstancias atenuantes aplicables a las personas físicas no presentan ninguna especialidad, siendo de aplicación los arts. 20 y 21 de la parte general del CP. Las eximentes completas que excluyen la responsabilidad penal de la persona física, relativas: a obrar impulsado por un miedo insuperable y a obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo,<sup>636</sup> adquieren su relevancia en relación con los delitos analizados.

La concurrencia de tales circunstancias excluyentes o atenuantes de la responsabilidad criminal irá vinculada a la comisión del soborno por una persona física en el seno de una persona jurídica, si bien habrá circunstancias personales que sólo afecten a la persona física, pero no a la persona jurídica. Piénsese el caso en el que un empleado es obligado por su superior jerárquico a cometer un soborno, de acuerdo con el art. 286 ter, so amenaza de perder su empleo o ver suprimidas determinadas gratificaciones extra-salariales, y actúa bajo un miedo insuperable. Otro ejemplo sería el de un empleado que, debido a la expresa instrucción recibida por un órgano directivo de la sociedad, actúa en ejercicio de sus funciones, guardando lealtad y fidelidad a la empresa, pero realiza un acto de soborno en el marco económico internacional. En el primer supuesto de los ejemplos expuestos se debe analizar si verdaderamente concurrió un miedo insuperable y si fue tan insuperable como para doblegar la voluntad de autor o simplemente se trató de un mero temor, sin embargo la responsabilidad de la persona jurídica no se verá afectada por la posible

---

<sup>636</sup> Art. 20, 6º y 7º del CP

minoración del sujeto que ejecuta la acción, pues los deberes de control y vigilancia se incumplieron por parte de la sociedad y de los órganos directivos o en su caso el *compliance officer*. En el segundo caso será de difícil aplicación la eximente para la persona física, puesto que la lealtad y fidelidad a la empresa no pueden amparar la comisión de un ilícito penal que lesiona bienes jurídicos de toda la Comunidad Internacional.

La atenuación o exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de reciente reforma e introducida en el CP,<sup>637</sup> presenta determinadas singularidades, a diferencia de las circunstancias modificativas aplicables a las personas físicas. La responsabilidad penal de la persona física que comete el delito en nombre, por cuenta o en beneficio de la persona jurídica, así como las circunstancias personales que afectan de forma directa a ésta, no modificarán ni influirán en la calificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>638</sup>

Solo se podrán considerar circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aquellas actividades realizadas con posterioridad a la perpetración del delito,<sup>639</sup> a saber:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

---

<sup>637</sup> LO 1/2015 de reforma del CP

<sup>638</sup> Art. 31 ter del CP. Vid. Supra III E) apartado e.3.2

<sup>639</sup> Art. 31 quater del CP

- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Esta última reforma dispone la atenuación de la pena, pero no indica cuantitativamente la consecuencia de la rebaja punitiva, aplicándose por consiguiente los preceptos genéricos relativos a la moderación de la pena,<sup>640</sup> en conformidad al arbitrio judicial y a las circunstancias concretas del caso.

Además de la colaboración exigida de la persona jurídica hacia las autoridades judiciales, una vez abiertas las diligencias correspondientes, podrá ser excluida su responsabilidad penal si se cumplen las siguientes condiciones:<sup>641</sup>

1ª que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2ª que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la

---

<sup>640</sup> Art. 66 bis con remisión al art. 66 del CP

<sup>641</sup> Art. 31 bis 2º del CP

persona jurídica;

3ª que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y

4ª que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

Como continuación a dicha argumentación, hay que señalar que la persona jurídica podrá quedar también exenta de responsabilidad penal en el supuesto de que antes de cometerse el delito, hubiera adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión de cumplimiento normativo interno para prevenir el delito,<sup>642</sup> es decir, dentro de una estrategia empresarial de autorregulación.

La implantación y cumplimiento de modelos de organización y gestión adecuados determinará la atenuación o exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica. La responsabilidad penal de la persona jurídica constituye un potencial peligro que se puede evitar y atenuar, en especial cuando el delito se cometa por un empleado sometido a la autoridad de los administradores o de los representantes legales y se haya ejercido el debido control en la empresa. Así, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos no se deberá en principio determinar la responsabilidad de la persona jurídica, sin perjuicio de las circunstancias atendibles en cada caso concreto.<sup>643</sup> El

---

<sup>642</sup> Art. 31 bis 4º del CP

<sup>643</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010*, pp.44 a 46,



programa de cumplimiento sólo servirá de atenuante y podrá ser eficaz para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el delito se cometa por un subordinado. Si en cambio fuese un *top manager* quien cometiese el ilícito penal, no será entonces el programa de *compliance* un mecanismo idóneo para excluir o atenuar la responsabilidad de la empresa, porque la dirección empresarial no puede, por sistema, descargar su responsabilidad penal en el programa de *compliance* penal.<sup>644</sup>

En esta línea, la moderación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos analizados se basará fundamentalmente en la acreditación del seguimiento y cumplimiento de los programas de organización y gestión anticorrupción, pero ese actuar diligente solo resultará eficaz para excluir la responsabilidad del ente en casos de un empleado o subordinado.

Esta responsabilidad penal vendrá determinada por el criterio sobre el control interno que debe ejercer la sociedad y los representantes legales, a fin de poner en práctica programas de cumplimiento que sirvan para reducir el riesgo y la prevención de los delitos que puede cometer la persona jurídica. En la medida en que una persona jurídica se hace culpable por la ausencia del debido control, la presencia de ese debido control puede eximir la responsabilidad criminal. Por ello se establecen en el art. 31 bis los requisitos que han de darse para que se pueda aplicar la eximente del debido control y la eximente incompleta del control insuficiente. Dichos requisitos pueden ser reconducibles a la idea de que se haya implantado y supervisado correctamente el programa de cumplimiento, pero aún así los autores individuales habrán cometido el delito

---

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR%201.2011%20PERSONA%20JUR%C3%8DDICA%20DEFINITIVA.pdf?idFile=e28272cb-5b4f-47d5-a4ec-3854aea806e3](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201.2011%20PERSONA%20JUR%C3%8DDICA%20DEFINITIVA.pdf?idFile=e28272cb-5b4f-47d5-a4ec-3854aea806e3) (26/09/2015)

<sup>644</sup> GOÑI SEIN, J. L., "Programas de cumplimiento empresarial (compliance programs) aspectos laborales" en HORTAL IBARRA, J. C. y VALIENTE IBÁÑEZ, V. (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance, programas de prevención, detección y reacción penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2014, pp. 368 a 374

eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención establecidos.<sup>645</sup>

Los modelos de organización y gestión deberán incluir las condiciones siguientes:

- se identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos;
- se establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos;
- se dispondrá de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos;
- se impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención;
- se establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo;

---

<sup>645</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M. J., (coord.), *Lecciones de Derecho penal, (parte general)*, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Op. Cit., pp. 324 y 325

- se realizará una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación, cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.<sup>646</sup>

Todas las circunstancias enumeradas podrán concurrir de forma parcial, y si fuera el caso y no resultara posible la acreditación total las mismas

se podrán valorar como atenuaciones de la pena.

Por medio de los programas de prevención de delitos se pretende instaurar en las empresas una cultura que de forma proactiva vaya dirigida a evitar la comisión de los delitos, si bien es de destacar que no existen sentencias notorias de condena de las personas jurídicas con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015 y tampoco existen grandes expectativas sobre un cambio de este panorama, pues resulta cuasi imposible la imputación de las personas jurídicas con el sistema vicarial de imputación de responsabilidad actual.<sup>647</sup>

La modalidad de la autorregulación por parte de las empresas, con objeto de evitar y minorar la responsabilidad penal, requiere que la ejecución de un programa de cumplimiento se implemente de forma idónea y eficaz. La idoneidad resultará acertada si el programa valoró el riesgo de la comisión del delito en cuestión y estableció las medidas para prevenirlo. Tales medidas son abstractas, pero la identificación de actividades determinadas en las que pueda cometerse el delito en el seno empresarial sí ha de ser concreta. La ejecución eficaz se valorará en base a que la aplicación del programa se lleve a cabo con

---

<sup>646</sup> Art. 31 bis 5º del CP

<sup>647</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., p. 80

anterioridad a la comisión del delito. En cualquier caso, el sistema de prevención tendrá que ser real y eficaz.<sup>648</sup>

Una forma de regular la prevención del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales puede consistir en la inclusión dentro de los programas de cumplimiento de la definición correcta de la ilegalidad de cualquier tipo de soborno a un funcionario público, sin atender a criterios cuantitativos o de adecuación social. Mediante los programas de cumplimiento se tratará prevenir conductas delictivas, pero los criterios de la adecuación social de la dádiva podrán variar en cada país y cultura, por lo que si se excluyen se evitará que por parte de los sujetos se interprete *ex ante* es delictiva y vinculará penalmente a la persona jurídica o no. La razón es que en ocasiones se confunden determinados regalos de cortesía que se entregan habitualmente a autoridades y funcionarios en el marco de grandes contratos o negocios del ámbito económico internacional,<sup>649</sup> con la entrega ilícita de una ventaja o beneficio indebido. En este sentido, será igualmente recomendable introducir en dicho programa de *compliance* las medidas a adoptar para no vulnerar la libre y leal competencia del mercado, así como la concienciación a través de códigos de conducta sobre la práctica de los sobornos a un funcionario público.<sup>650</sup> Deberá definirse en los programas de prevención los actos que sean antijurídicos y típicos en este campo. De igual modo, se deberá advertir y concretar en los programas de *compliance* sobre el riesgo de que quien cometa soborno internacional vulnerará el correcto funcionamiento del tráfico comercial y económico internacional, lesionará de forma colateral el correcto funcionamiento de la Administración Pública y provocará un desprestigio para la empresa, conllevando además la

---

<sup>648</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista de jurisprudencia, nº 2, 15 de junio de 2015, Op. Cit.

<sup>649</sup> Vid. Supra III B) apartado b.4.1

<sup>650</sup> Programa para el cumplimiento legal y la responsabilidad corporativa de BAYER AG; [http://www.bayer.es/ebbsc/export/sites/es\\_internet/es/\\_galleries/otros/compliance\\_espanol.pdf](http://www.bayer.es/ebbsc/export/sites/es_internet/es/_galleries/otros/compliance_espanol.pdf) (21/08/2015)

responsabilidad penal personal y responsabilidad penal para la empresa. Es cierto que dichos programas de cumplimiento contienen reglas e instrucciones abstractas, pero una falta absoluta de precisión con relación a ese tipo de conductas corruptas, no obstante, puede provocar que la implantación y existencia de dicho programa no sea tenido en cuenta para minorar o excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica.

No es fácil prever de antemano todos los procedimientos y estándares de conducta, ni tomar en consideración la totalidad de los elementos para evitar los delitos. Existe el riesgo de que el programa *compliance* y las reglas procedimentales terminen por poseer una relevancia puramente formal, sin que sea posible verificar la concreta eficacia del mismo hasta que el delito se ha cometido.<sup>651</sup>

### *f.1.3. Agravaciones específicas de las penas para el art. 286 ter*

Los delitos de corrupción en los negocios que revistan una gravedad especial podrán ser sancionados con la pena prevista en el tipo en su mitad superior, pudiendo incluso llegar hasta la pena superior en grado respecto de la prevista para el tipo básico en cada precepto.<sup>652</sup> Se considerará que los hechos son de especial gravedad, cuando se aprecie cualquiera de los siguientes supuestos dentro de los delitos del art. 286 ter:

- que el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,

---

<sup>651</sup> GOÑI SEIN, J. L., en HORTAL IBARRA, J. C. y VALIENTE IBÁÑEZ, V. (coords.), Op. Cit., p. 375

<sup>652</sup> Art. 286 quater que, tras la reforma LO 1/2015, dicho precepto es también aplicable a los delitos del art. 286 ter

- que la acción del autor no sea meramente ocasional,
- que se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o bien
- que el objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

Este art. 286 quater establece ejemplos de agravación de las penas de todos los delitos de la Sección 4ª, si los hechos resultaran de especial gravedad, recogiendo además estos supuestos enunciados que *en todo caso* se destacan por considerarse de especial gravedad. Por ello dichos presupuestos merecen un análisis más pormenorizado.

El valor elevado del beneficio o ventaja conlleva un aumento de la pena, lo cual supone una elevación de la pena de prisión y de las penas privativas de otros derechos que marca el art. 286 ter, en concreto (tal como ya se apuntó), la prohibición de contratar con el sector público, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, así como la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública. Con relación a la pena de multa resulta confuso dicho aumento de la pena, puesto que el art. 286 ter contempla expresamente la extensión de la multa proporcional cuando el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. A mayor abundamiento, podrá valorarse, según arbitrio judicial, si el beneficio o ventaja obtenida es de un valor tal que eleva la pena de multa conforme al art. 286 quater o se calcula proporcionalmente al triple del montante obtenido.

La circunstancia específica de agravación de la pena, relativa a que la acción del autor no sea meramente ocasional, debe tenerse en cuenta para todos los casos en los que no se trate de la reincidencia genérica del art. 22.8º, pues si así fuera, se aplicaría la pena en su mitad superior y no se diferenciaría de la agravante específica del art. 286 quater. Y a pesar del hecho de que no se especifique en qué consiste la característica de que el autor sea ocasional, dicha circunstancia puede llegar a chocar con el principio de presunción de inocencia si se valora fuera de la reincidencia, *“hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.”*<sup>653</sup>

Se elevará la pena prevista en el tipo del art. 286 ter en caso de que los hechos se cometieran en el seno de una organización o grupo criminal, si bien hay que tener en cuenta que este tipo de corrupción es proclive a la intervención de la criminalidad organizada y la denominada de criminalidad de empresa.

Respecto a la agravante específica relativa al objeto del negocio que verse sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad, ya quedaba contenida como agravante en el antiguo art. 445.<sup>654</sup> Así, en el supuesto de ser un funcionario de organizaciones internacionales el que fuere sobornado o el que le ofreciere el soborno al particular para que éste le entregue un beneficio o ventaja indebida, cobra sentido que se contemple tal circunstancia agravante concreta, ya que podrían estar implicadas las ONGs. La finalidad de

---

<sup>653</sup> Art. 22.8º del CP

<sup>654</sup> Redacción del art. 445 vigente antes de la reforma y entrada en vigor de la LO 1/2015

dicha agravación radica en la gravedad del objeto. El riesgo de lesión, si el soborno recae sobre operaciones que afectan a bienes y servicios de carácter esencial o social, implica una interferencia grave en las reglas de la libre competencia económica nacional o internacional, y conlleva un eventual sobrecoste o falseamiento de los precios. Dicha alteración de los precios causará perjuicios sobre las acciones dirigidas a cubrir bienes y servicios de primera necesidad, provocando una situación de precariedad y un estado de necesidad en los consumidores. Se produce claramente un quebranto al principio de igualdad de quienes se ven impedidos a acceder a esos bienes de primera necesidad o se ven obligados a recurrir a las ayudas humanitarias, cuyo funcionamiento y precios han sido alterados.<sup>655</sup>

#### *f.1.4. Penas accesorias comunes para los delitos de corrupción en los negocios*

Otra disposición común contenida en el párrafo 1 del art. 288 hace referencia a la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si así lo solicitara el perjudicado, a la posibilidad de que el juez o tribunal ordene también su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Así pues, en los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las

---

<sup>655</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., p. 753



siguientes penas:

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

2.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

El primer párrafo del citado art. 288 del CP prevé la publicación de sentencia en periódicos oficiales y en caso de que además lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá también ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado. La publicación de la sentencia en los periódicos oficiales constituye, en principio, una obligación de carácter imperativo,<sup>656</sup> pero es importante repetir que si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal dispondrá de la facultad potestativa de ordenar la publicación total o parcial en otro medio informativo distinto, a costa del condenado. Básicamente, la publicación se deberá realizar en los

---

<sup>656</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Op. Cit., pp. 151 y 152

periódicos de mayor tirada del lugar donde tenga su sede el condenado, ya sea persona física o jurídica, o bien donde desempeñe sus actividades.<sup>657</sup> Por consiguiente, la publicación se deberá difundir donde el delito haya desplegado sus efectos. Esta medida no resultará tan sencilla cuando el delito y sus efectos operen en el extranjero, como puede ser el caso del soborno a un funcionario público extranjero y la obtención de un contrato en el marco del tráfico económico internacional. La publicación deberá efectuarse en el país en el que se haya realizado la contraprestación del funcionario del delito del art. 286 ter. Igualmente difícil resultará que en estos delitos el perjudicado solicite su publicación adicional, porque los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales atentan contra intereses colectivos difusos y ello, en última instancia, pertenece no solo a la Comunidad Internacional, sino al colectivo de los consumidores. Para adquirir la cualidad de perjudicado será preciso haber sufrido un daño efectivo como consecuencia de la comisión del delito,<sup>658</sup> pero al ser el injusto analizado un delito de peligro concreto se complica la aplicación de tal disposición, haciéndose extensible a que la solicitud de publicación la formule la acusación particular, aunque la decisión deberá recaer sobre el arbitrio judicial, pues no existirá nunca un perjudicado individualizado para poder solicitarlo.

Este tipo de sanción viene a ser, sin duda, idónea por su eficacia intimidatoria, en especial cuando los hechos ocurren dentro del ámbito de los delitos cometidos en el desarrollo de una actividad empresarial, dado que la publicación de sentencia supondría un descrédito y un desprestigio tanto empresarial y profesional, que querrán evitarse.

Junto con la sanción de la publicación de la sentencia, también se prevé en

---

<sup>657</sup> LANDROVE DÍAZ, G., *La represión de la delincuencia económica*, Jueces para la Democracia, n° 31, 1998, p. 40

<sup>658</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, Op. Cit., p. 977

el art. 288 un agravamiento de las penas de multa si el culpable fuese una persona jurídica de acuerdo con el art. 31 bis, resultando la multa proporcional a la cuantía del beneficio obtenido con el soborno. La pena de multa es la pena por excelencia para exigir la responsabilidad de las personas jurídicas. La multa proporcional se aplica a delitos en los que subyace un contenido económico, sea porque su comisión lleva aparejada la causación de un importante perjuicio para terceros, sea porque produce la obtención de un beneficio significativo para el delincuente. Por este motivo también se aplica la multa proporcional a los delitos socioeconómicos. En virtud de la multa proporcional se permite sobrepasar los límites impuestos por el sistema de días multa para aplicarse concretamente al soborno transnacional, el cual genera relevantes beneficios para la persona jurídica autora del delito y, a su vez, son de difícil recuperación de cara a los perjudicados.<sup>659</sup>

A las entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica que cometan los delitos analizados podrán serles de aplicación las consecuencias accesorias comunes del art.129 del CP. Establece el citado precepto que en caso de delitos cometidos en el seno o la colaboración a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art.31 bis del CP, los Tribunales podrán imponer motivadamente a dichos entes las consecuencias accesorias a la pena que le corresponda al autor del delito.<sup>660</sup> Esta pluralidad de figuras jurídicas pueden consistir en sociedades de hecho, sociedades irregulares, comunidades de bienes e incluso sucursales en el extranjero pertenecientes a sociedades mercantiles españoles, cuya matriz sea la única que posea personalidad jurídica, piénsese, a propósito de los delitos

---

<sup>659</sup> MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XX (1997). Cursos e Congresos nº 104, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2012, pp. 250 a 255; <http://hdl.handle.net/10347/4114> (14/07/2015)

<sup>660</sup> Art. 33.7 del CP, comprendiendo desde el apartado c) al g) del precepto

analizados y como ejemplo de una sucursal, en los bancos españoles con sucursales internacionales. En este supuesto concreto, sin perjuicio de que se aplicaran las consecuencias accesorias a la sucursal que cometiese el soborno transnacional con un funcionario público extranjero, podría repercutirse la responsabilidad penal también a la empresa matriz, según el grado de implantación, cumplimiento y supervisión de la *compliance* penal interna.

#### *f. 1.5. Decomiso*

El decomiso o confiscación tiene un carácter accesorio y constituye un importante instrumento con el que combatir la delincuencia organizada y en especial la persecución del delito de blanqueo de capitales, que en ocasiones aparecerá en concurso con los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. La delincuencia organizada se aprovecha de las fronteras transnacionales para optimizar resultados y beneficios. Y una de las consecuencias de esa globalización criminal es que, tanto las ganancias derivadas del delito como los propios instrumentos delictivos, pueden haberse desplazado a Estados distintos de aquel donde se cometió la actividad delictiva o de donde se inició el correspondiente proceso penal.<sup>661</sup>

El decomiso de bienes comprende los efectos y los instrumentos del delito. Por efectos pueden entenderse los objetos producidos o derivados de la infracción. Así el art. 127 del CP se refiere expresamente “a los efectos que provengan del delito” y, con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015, el art. 431 del CP regulaba el posible decomiso para los delitos de cohecho y tráfico de influencias, con relación a las dádivas, presentes o regalos.

---

<sup>661</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Ed. Colex, Madrid, 2007, pp. 33 a 35

El comiso de las ganancias de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales no se previó con carácter expreso en el tipo analizado antes de la reforma de la LO 1/2015, pero en el art.127<sup>662</sup> sí se contemplaba la consecuencia accesoria general para cualquier delito o falta, mediante la pérdida de los efectos que de ellos procedan y de los bienes, medios o instrumentos con que se hayan preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.<sup>663</sup> La redacción del contenido del citado precepto cumple con lo previsto en el Convenio de la OCDE,<sup>664</sup> pues indica que se habrán de adoptar las medidas necesarias para que los productos o bienes derivados del cohecho con un servidor público extranjero queden sujetos al decomiso e incautación, debiendo imponerse sanciones dinerarias proporcionales.

La reforma de la LO 1/2015 ha puesto fin al doble régimen de decomiso

---

<sup>662</sup> Art. 127 del CP, reformado mediante la LO 5/2010 antes de la reforma por LO 1/2015

<sup>663</sup> La introducción del comiso en las consecuencias accesorias de los delitos dolosos dio cumplimiento a la previsión del art. 3.3 Convenio de la OCDE, y así también se dio respuesta a la UNCAC, *Informe sobre el examen del país del Reino de España*, examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación de parte de España del Capítulo III, "Penalización y aplicación de la ley" y del Capítulo IV, "Cooperación internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ciclo de examen 2010 - 2015: se prevé el decomiso de productos e instrumentos de todos los delitos, incluso si se han transformado en otros bienes. Se prevé el decomiso por un valor equivalente si no es posible decomisar los productos del delito. El decomiso se acuerda en sentencia y tiene la consideración de consecuencia accesoria del delito; sin embargo, si no se puede imponer sanción alguna, puede llevarse a cabo el decomiso en la ausencia de una condena penal. Los activos confiscados se venden y transfieren a un fondo único para su administración (véase la Ley 17/2003 de 29 de mayo). El juez instructor puede decomisar y embargar los instrumentos del delito durante la investigación con el fin de asegurar los beneficios económicos derivados del delito. El procedimiento se regula con base en la Ley de Enjuiciamiento Civil. España se encuentra en el proceso de establecer una Oficina de Recuperación de Activos, de acuerdo con la Decisión del Consejo 845/2007. Con respecto al secreto bancario, en los procedimientos de investigación y decomiso se aplica el principio general del deber de cooperar con las autoridades judiciales, que prevalece sobre la legislación nacional sobre secreto bancario. Puede solicitarse la información sobre la cuenta bancaria en casos de "imperativos de interés público". La inversión de la carga de la prueba respecto al origen lícito de los presuntos productos del delito u otra propiedad que esté sujeta a compensación no se ha introducido en España, pues se consideraba una violación al principio de presunción de inocencia. No obstante, sí existe dicha disposición para casos relacionados con el crimen organizado y otros delitos de corrupción relacionados.

<sup>664</sup> Art. 3.3 del Convenio de la OCDE

que existía, porque ha acometido una revisión técnica de su regulación al objeto de facilitar la eficacia para la recuperación de activos procedentes del delito sobre las bases establecidas en la Directiva europea 2014/42/UE,<sup>665</sup> relativas al embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE. La citada Directiva indica que la adopción de normas mínimas aproximará los regímenes de embargo y decomiso de los Estados miembros, y facilitará la confianza mutua y la cooperación transfronteriza eficaz.<sup>666</sup>

Las novedades afectan especialmente a tres cuestiones: el decomiso ampliado, el decomiso sin sentencia, y el decomiso de bienes de terceros.

En primer lugar, el decomiso ampliado se caracteriza porque los bienes y efectos decomisados proceden de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena. No es verdaderamente una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva.<sup>667</sup> La desproporción entre los ingresos lícitos y el patrimonio disponible hará sospechar que han existido otras actividades delictivas de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Este decomiso ampliado, que antes se encontraba reservado a los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, se extiende ahora a todos los delitos de cohecho y de corrupción en los negocios.<sup>668</sup>

En segundo lugar, se introducen mejoras técnicas en la regulación del decomiso sin sentencia. El comiso sin sentencia se prevé cuando la situación

---

<sup>665</sup> Directiva europea 2014/42/UE de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea , (DOUE 29.4.2014 L.127/39)

<sup>666</sup> La referida Directiva europea 2014/42/UE pretende modificar y ampliar las disposiciones de las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI

<sup>667</sup> Exposición de Motivos de la LO 1/2015 de reforma del CP

<sup>668</sup> Art. 127 bis del CP

patrimonial ilícita queda acreditada en un proceso contradictorio, el sujeto haya fallecido, sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento o exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos o se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados sin dilaciones indebidas o no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad.

Y en tercer lugar, la reforma también introduce la regulación del decomiso de bienes transferidos o en poder de terceros, lo cual incrementa la seguridad jurídica. Se establece la posibilidad de que se acuerde el decomiso de los bienes, efectos y ganancias en los casos de transferencia a terceras personas.

Con la finalidad de incrementar la eficacia de la reformada regulación del decomiso,<sup>669</sup> se recoge expresamente la posibilidad, para todos los supuestos en los que el decomiso de los bienes o efectos procedentes del delito no resulte posible en todo o en parte, de que los tribunales valoren la actividad desarrollada para así determinar la cantidad hasta cuyo importe quedará autorizado el decomiso de bienes.<sup>670</sup>

#### *f.1.6. Breve referencia a la responsabilidad civil ex delicto*

La consecuencia específica del delito es la imposición de una sanción al culpable, pero determinados delitos pueden lesionar también derechos

---

<sup>669</sup> Arts. 127 al 127 octies del CP

<sup>670</sup>“(...) toda esta regulación tiene su culminación en la creación efectiva y regulación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. En efecto, la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de reforma del Código Penal da una nueva redacción a los arts. 367 quater y siguientes de la LECRIM., estableciéndose que la organización y funcionamiento de dicha oficina se desarrollará reglamentariamente (...).”; ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.; JAÉN VALLEJO, M.; MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ PRADO, C.; PERRINO PÉREZ, A., *La reforma del Código Penal. Parte General*, El Derecho.com, Lefevre- El Derecho;[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General\\_11\\_801055002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html) (13/07/2015)

subjetivos y privados y ser, a su vez, determinantes de responsabilidad civil<sup>671</sup> para sus autores. La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) recoge esta duplicidad de estableciendo que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.<sup>672</sup> En la misma línea, dictamina el CP que toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios.<sup>673</sup> Con relación a las personas jurídicas, la responsabilidad penal de las mismas llevará consigo la responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.<sup>674</sup>

El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales castiga conductas graves que atentan contra intereses colectivos y globales, motivo por el cual resulta extraordinariamente difícil determinar los daños y perjuicios que se irroguen, teniendo en cuenta el significado de que el sujeto pasivo es la Comunidad Internacional. Individualizar el resarcimiento es casi imposible, aunque las ganancias decomisadas pueden contribuir a restituir o indemnizar el daño civil derivado *ex delicto*. Para obtener la restitución a la situación anterior será procedente la aplicación de disposiciones civiles o administrativas relativas a acordar la nulidad de pleno derecho de los contratos adjudicados o las ventajas obtenidas.<sup>675</sup>

---

<sup>671</sup> La responsabilidad civil derivada del delito se trata en puridad de una responsabilidad civil *ex damno* y no *ex delicto*, según apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Vol. I, Op. Cit., p.165

<sup>672</sup> Art. 100 de la LECRIM

<sup>673</sup> Art. 116 del CP

<sup>674</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M. J. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, (parte general)*, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Op. Cit., p. 328

<sup>675</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., pp. 130 y 131



### *f.1.7. Prescripción*

La prescripción penal es una de las causas por las que se extingue la responsabilidad criminal y se configura legalmente como una expresa renuncia del legislador al castigo de un delito o ejecución de una pena, en aras de la protección de una serie de intereses político-criminales. Tiene una naturaleza jurídico material y es de orden público. La prescripción penal impide al Estado el ejercicio del *ius puniendi*, y por ello se ha cuestionado que realmente podría considerarse también un instituto de naturaleza predominantemente procesal, ya que lo que se prescribe es realmente la acción persecutoria. Esta institución se caracteriza por dos notas básicas: el paso del tiempo y la inactividad.<sup>676</sup> La justificación más importante de su existencia se halla en la seguridad jurídica para los delitos y para las penas y, en lo que aquí interesa, se analizará la incidencia de prescripción del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales para la persecución y el castigo del mismo.

Por lo general, resulta difícil perseguir los delitos de cualquier clase de soborno público o semipúblico, debido a que la entrega de las dádivas suele tener lugar en un contexto de clandestinidad, donde ni el corruptor ni el corrupto tendrán interés en revelar el hecho delictivo. El cohecho pertenece a ese género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura derivada de la extendida actitud de ocultación general,<sup>677</sup> y en especial si se trata de la corrupción internacional se dificulta aún más el descubrimiento de los delitos de soborno con un funcionario público, debido a su comisión transfronteriza.

La reforma de la LO 5/2010 modificó las penas del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, eliminando el sistema de remisión

---

<sup>676</sup> GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 25 a 31

<sup>677</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Iniciativas internacionales contra la corrupción*, Op. Cit., p. 6

de penas al delito de cohecho activo del antiguo art. 423, según se ha expuesto anteriormente. Ello supuso la simplificación del cómputo para el plazo de la prescripción en estos delitos, porque antes el plazo de prescripción dependía de la actuación del funcionario público, dado que el antiguo art. 423 remitía a su vez a las penas del cohecho pasivo, existiendo diversidad en la gravedad de las penas, en función de si el cohecho era propio, impropio o subsiguiente. Este marco para averiguar las penas, y por consiguiente para determinar la prescripción del delito y de las penas, supuso un serio obstáculo para la persecución del delito.<sup>678</sup>

Los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, como el Convenio de la OCDE<sup>679</sup> y la UNCAC<sup>680</sup>, recomiendan que se apliquen plazos de prescripción largos. De esa manera se garantiza poder evitar la impunidad, ya que han de tenerse en cuenta las dilaciones para la averiguación de este tipo de delitos, las barreras procesales que existen para su persecución y, sobre todo, la dificultad que existe para investigar las pruebas materiales, pues en ocasiones se difumina su rastro debido al secretismo y al posible concurso con el delito de lavado de capitales.

En principio, la pena de los delitos del art. 286 ter oscila entre tres y seis años de privación de libertad, siendo por tanto el plazo de prescripción, según

---

<sup>678</sup> Grupo de Trabajo de la OCDE, Informe Fase 2, “Recomendaciones sobre la aplicación del Acuerdo de la OCDE 1977 para luchar contra la corrupción de los funcionarios públicos en las transacciones comerciales internacionales”, Marzo 2006; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/36392481.pdf>

<sup>679</sup> Art. 6 del Convenio de la OCDE: “En las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo suficiente para permitir la investigación y persecución de estos delitos.”

<sup>680</sup> Art. 29 de la UNCAC: “Cada Estado parte establecerá cuando proceda, con arreglo a su Derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.”

los arts. 131 y 132<sup>681</sup> del CP, de diez años. Esta regla no es operativa en todos los casos, porque las penas indicadas en el mismo art. 286 ter se impondrán al culpable, salvo que a los hechos cometidos se les pueda aplicar otra pena más grave contenida en otro precepto de este Código o se impongan las penas agravadas si concurren las circunstancias que prescribe el art. 286 quater o el art. 288.

Los plazos de prescripción de los delitos se establecen con relación a la pena máxima señalada en el injusto. El cómputo de la prescripción de los delitos dará comienzo el mismo día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, el término se computará desde el día en que se realizó la última infracción, es decir, desde que cesó la conducta. La prescripción se interrumpirá cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción a partir de que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.<sup>682</sup>

Las penas impuestas por sentencia firme prescribirán según el catálogo taxativo que impone el art.133.

No obstante todo lo anterior, hay que incidir en que hasta la fecha no existe ni una sola condena en España por los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

---

<sup>681</sup> Ambos preceptos han sufrido modificaciones contundentes con la LO 1/2015, aunque dichas modificaciones no afectan a la prescripción de estos delitos analizados ni ahora ni antes del endurecimiento de las penas privativas de libertad con la reforma del art. 286 ter

<sup>682</sup> Art. 132.2: "(...) Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo."

## f.2. Concursos

Los actos de corrupción suelen llevarse a cabo a través de una pluralidad de conductas y una pluralidad de lesiones a distintos bienes jurídicos que, en ocasiones, produce o producen un mismo acto corrupto.

Bajo la mayoría de los concursos de delitos que aparecen con el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, es habitual encontrarse con un concurso de leyes, si bien ambos tipos de concurso, concurso de leyes y de delitos, merecen una descripción sucinta en relación a los delitos de corrupción aquí analizados.

Los concursos de delitos o de leyes que se presenten de forma habitual con los delitos del art. 286 ter, se analizarán solo desde el punto de vista de la conducta del particular y sus consecuencias, debiendo excluirse la perspectiva del comportamiento del funcionario público y otros actos que pudiera cometer éste, pues no se castiga el cohecho pasivo en el precepto analizado. En caso de que el funcionario, además de la contraprestación típica, realizase otro acto constitutivo de un ilícito penal diferente al precepto analizado, sólo podría castigarse al particular como inductor a la comisión de ese otro ilícito penal, que recae fuera del ámbito de punición del art. 286 ter.<sup>683</sup> En este supuesto existiría un concurso de delitos entre la conducta del particular y los delitos que cometa el funcionario público y sobrepasen la conducta del art. 286 ter. Aquí debería penarse al particular como autor del art. 286 ter y como inductor de otro delito cometido por el funcionario público, más allá de la obtención de un negocio en el marco económico internacional; por ejemplo, la prevaricación o el tráfico de influencias. Esta eventual responsabilidad del particular como inductor o

---

<sup>683</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., p. 758; en sentido parecido, OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., p. 471

cooperador necesario no siempre tendrá que ser sancionada de manera autónoma junto con el soborno transnacional, porque puede tratarse de un concurso de normas y no de delitos.<sup>684</sup>

### *f.2.1. Concurso de delitos*

Es bien sabido que el concurso de delitos está constituido por una pluralidad de infracciones penales con unidad de sujeto activo. Así pues, la pluralidad de infracciones puede venir determinada por una multiplicidad de acciones, o por una sola acción, siendo una acción el medio para cometer otra.<sup>685</sup> La diferencia entre el concurso de delitos y el concurso de leyes no siempre resulta sencilla, encontrándose la solución, como apuntó el TS, “*en un criterio de valoración jurídica: si, ante una determinada conducta punible, su total significación antijurídica queda cubierta mediante la aplicación de una sola norma penal, nos encontramos ante un concurso de normas; pero si es necesario acudir conjuntamente a las dos para abarcar la total ilicitud del hecho, estamos ante un concurso de delitos, que es lo que ocurre en el caso presente. De otro modo quedaría siempre sin pena una parte del hecho expresamente prevista en la ley penal como delictiva*”<sup>686</sup>

El adelantamiento de la intervención penal que ha efectuado el legislador en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, queda demostrado en la equiparación de la obtención efectiva del acuerdo corrupto con el mero intento de corromper al funcionario. No se precisa que para la consumación del delito se lleve a cabo ninguna contraprestación, es decir, *conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la*

---

<sup>684</sup> MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, Op. Cit., p. 1864

<sup>685</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Op. Cit., p. 225

<sup>686</sup> STS 887/2004 de 6 de julio, ROJ 4801/2004

*realización de actividades económicas internacionales; sin embargo, la efectiva realización de anteriores y posteriores injustos que excedan del ámbito de ese soborno y esa obtención del negocio en el plano internacional, corresponderán a la esfera del agotamiento del delito y supondrán por tanto el fundamento jurídico de un posible concurso de delitos.* <sup>687</sup>

Tras la realización de las contraprestaciones que conlleva el pacto corrupto cabe plantearse la siguiente problemática concursal. De un lado, la contraprestación del funcionario puede consistir en la realización de un hecho delictivo distinto, como cabría ser la prevaricación. De otro lado, la recepción del soborno puede constituir también un acto delictivo de ocultación o utilización financiera de capitales procedentes de hechos delictivos, como cabría ser el blanqueo de capitales. Las ganancias ilícitamente obtenidas constituyen incrementos patrimoniales y éstos, a su vez, podrían conformar un delito fiscal.<sup>688</sup> La apreciación de la concurrencia de un delito fiscal se asienta sobre el viejo aforismo *pecunia non olet*, acogiendo el principio de neutralidad valorativa, a tenor del cual existe obligación de declarar las ganancias ilícitas. Se sanciona penalmente el delito fiscal ante la ausencia de declaración. Con ello cumple el delito fiscal, en parte, el cometido del blanqueo de capitales, ya que sirve para sancionar la tenencia e inversión de capitales delictivos. Ambos delitos pueden ser intercambiables en supuestos concretos donde pueda quebrarse el principio *non bis in idem*, si bien como poseen bienes jurídicos diferentes, nada obsta para poder sancionarlos conjuntamente. De este modo podrá existir un concurso de delitos derivados de un soborno internacional, que persiguen la realización de una actividad financiada parcialmente con recursos delictivos, la cual puede

---

<sup>687</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., p. 481; DE LA MATA BARRANCO, N., *Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación, en homenaje al Doctor D. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 314

<sup>688</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado: reflexiones sobre el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado*, Op. Cit., pp. 140 y 141

generar rendimientos económicos que no se declaren.<sup>689</sup> Este supuesto deberá computarse como un concurso real de delitos, imponiéndose todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si ello fuera posible, y conforme a la naturaleza y efectos de las penas.<sup>690</sup> No obstante lo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas alcancen dicho máximo, que con carácter general no podrá exceder los 20 años.<sup>691</sup>

Por lo común, el delito de tráfico de influencias suele aparecer con los sobornos, habiéndose incluso llegado a considerar que este primer tipo constituye una especie de inducción a la prevaricación o al cohecho.<sup>692</sup> Cuando lo que se pretende es alcanzar un contrato en el marco económico internacional a través del soborno de una autoridad o funcionario, es posible que anteriormente el sujeto activo haya cometido un delito de tráfico de influencias, influenciando en el mismo u otro funcionario público al que sobornará, y prevaleciendo de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario, a fin de conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. Dicha resolución obtenida será el medio idóneo para que además del beneficio o ventaja entregados al funcionario, éste luego pueda conceder, adjudicar o facilitar la consecución de un contrato en el marco económico internacional, cuya adjudicación no hubiera sido posible en el ámbito de sus funciones públicas, si antes no se hubiese dispuesto de la oportuna resolución. Para poder apreciar que

---

<sup>689</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 143 a 146

<sup>690</sup> Art. 73 del CP

<sup>691</sup> Art. 76 del CP

<sup>692</sup> CUGAT MAURI, M., *El tráfico de influencias, un tipo prescindible*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, nº 16-07, pp. 007:5 y 07:7; <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-07.pdf> (12/07/2015)

ha concurrido un delito de tráfico de influencias, sin perjuicio de su dificultad probatoria a efectos procesales, tendrán que poderse identificar dos siguientes elementos distintivos: el hecho de que la influencia se ejerza desde una posición de poder, y que la resolución previamente obtenida, la cual facilitará la finalidad perseguida mediante el soborno, tenga un contenido económico.<sup>693</sup> El tráfico de influencias apunta a la conducta de quien, aparentando crédito, influencias o relaciones acerca de otros funcionarios con competencia decisoria en la Administración, reciba algún dinero o ventaja patrimonial como recompensa de su mediación en la resolución favorable de un asunto que de aquellos dependa.<sup>694</sup> No resulta significativo si la resolución es conforme o contraria a Derecho, debiendo desprenderse que lo que se persigue es un acto decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados.<sup>695</sup> En aquellos casos en los que la influencia y la ventaja o superioridad del corrupto se justifique a través de una remuneración económica entregada a cambio de su obtención, se producirá un concurso de normas con el delito de soborno transnacional. Puede darse un concurso de delitos entre el soborno y el tráfico de influencias en aquellos supuestos en que el funcionario a cambio de una dádiva se ofrezca a influir sobre otro funcionario, prevaleciéndose de su posición jerárquica o el caso en el que el particular solicite una dádiva a otro particular y se la ofrezca a un funcionario para conseguir que el funcionario dicte una resolución generadora de un beneficio económico.<sup>696</sup> En el supuesto de que el particular haga uso de sus influencias personales sobre funcionarios públicos, solicite de terceros beneficios indebidos o acepte esa ventaja indebida por el mismo cometido o promesa,<sup>697</sup> existirá un delito de tráfico de influencias a través del cual se canalizará la influencia ejercida para obtener un contrato o negocio internacional, todo ello

---

<sup>693</sup> CUGAT MAURI, M., Op. Cit., p. 07:6

<sup>694</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., p. 251

<sup>695</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Op. Cit., p. 49

<sup>696</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., Op. Cit., pp. 474 y 475

<sup>697</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Op. Cit., pp. 251 a 255



mediante la actuación u omisión del funcionario en el ejercicio de sus funciones.

El delito de tráfico de influencias representará un medio para perseguir la finalidad del art. 286 ter que se realizará mediante un soborno, luego se tratará de un concurso ideal de delitos, debiendo computar la pena conforme al art. 77 del CP, e imponiéndose la pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, y que en cualquier caso no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos.<sup>698</sup>

- Breve referencia al delito continuado y al delito masa

En el ámbito concursal expuesto, cabe preguntarse sobre la posibilidad de la aplicación de la figura del delito continuado al injusto del precepto 286 ter. *“Será autor de un delito continuado el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,”*<sup>699</sup> siendo castigado con la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior. Para la apreciación del delito continuado deben concurrir determinadas condiciones: la homogeneidad del bien jurídico de todas las conductas realizadas, la conexión espacial y temporal entre las mismas, y la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento consciente de idénticas ocasiones para delinquir.<sup>700</sup>

En los delitos de cohecho se puede apreciar una continuidad delictiva y así lo declaró el TS, *“(...) Ordinariamente, cada vez que se reciba tal cantidad por el funcionario, el delito se ha de consumir, por lo que ocasionaría la posibilidad*

<sup>698</sup> Art.77.2º del CP que ha sido reformado por LO 1/2015

<sup>699</sup> Art. 74.1 del CP

<sup>700</sup> QUINTANAR DÍEZ (dir.), M. y ORTIZ NAVARRO, J. F., Op. Cit., pp. 145 a 147

de considerar la secuencia de tales actos en su variante de continuidad delictiva, que no ha sido valorada, tal vez por el acuerdo global al que se llega inicialmente. Es por ello que, de no calificarse como un caso continuidad delictiva, cada pago integra una parte de la dádiva, y el conjunto, la consumación completa, (...)”.<sup>701</sup>

La continuidad delictiva en el delito de corrupción de transacciones comerciales internacionales resulta, sin embargo, más difícil de valorar, pues el acuerdo corrupto será único y de forma global y, aunque se entreguen varios beneficios indebidos, la aspiración será conseguir o conservar un solo contrato o negocio en la realización de actividades económicas internacionales. La singularidad del contrato o negocio que menciona el tipo denota que cualquier conducta corrupta tiende a un solo contrato, el cual o se adjudica de un solo acto o no se concede. No parece que del tipo pueda desprenderse la posibilidad de obtener un mismo contrato más de una vez, o de que varios beneficios o ventajas indebidas tiendan a lograr varias actuaciones del mismo funcionario público, generadoras de la obtención de un único contrato o contratos. En caso de existir habitualidad en la conducta, se deberá enjuiciar como un único delito de soborno transnacional, constituyendo esa habitualidad, en todo caso, actos parciales que se complementen entre sí, pero que tienden a un único agotamiento de un único delito. Por el contrario, si la finalidad del particular consiste en la obtención de cualquier otra ventaja competitiva podrá haber un delito continuado, toda vez que para mantener esa ventaja competitiva en el mercado se realizan diferentes sobornos a través de la adjudicación de contratos distintos en el marco económico internacional.

El delito masa se regula en el párrafo 2º del art. 74 del CP, enunciando que, “Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal

---

<sup>701</sup> STS 14/2015 de 26 de enero 2015, ROJ 1538/2014

impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.” De la dicción literal del precepto se desprende que el delito masa se referirá tan solo a las infracciones contra el patrimonio,<sup>702</sup> por lo que surge la cuestión acerca de si en el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales es posible su apreciación o no, puesto que se trata de un delito de carácter semipúblico que ataca, entre otros bienes jurídicos, el orden socioeconómico, y conforma un delito pluriofensivo. Es evidente que el delito del art. 286 ter no tutela patrimonios individuales de sujetos concretos, sino que está destinado a proteger intereses supraindividuales correspondientes a una comunidad de límites difusos. La pluralidad de personas defraudadas,<sup>703</sup> como conjunto de perjudicados, se identifican con el sujeto pasivo único en el delito masa. La pena se impondrá en función al daño económico infligido a todos esos defraudados que podrán ser individualizados, contabilizando el perjuicio total causado. El art. 74.2 prevé concretamente la obligación de contabilizar el perjuicio total causado, por lo que la figura del delito masa debe ser de aplicación en los delitos con resultado material lesivo para el

---

<sup>702</sup> La exigencia de que se trate de infracciones contra el patrimonio ha sido acotada por AYALA GÓMEZ, I., *El delito masa*, en *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, Madrid 1995, p. 285, quien afirmó que la figura debía ser aplicada únicamente a los delitos de estafa y apropiación indebida, si bien de la redacción legal no se desprende la obligatoriedad de efectuar dicha restricción.

<sup>703</sup> El concepto generalidad o pluralidad de personas en el delito masa ha sido definido por el TS en STS 954/2010 de 3 de noviembre, ROJ 6020/2010: (...)” *en una primera interpretación del concepto, la gramatical, se entiende que generalidad de personas no es equivalente, sin más, a pluralidad de personas, generalidad del latín generalitas, supone equivalencia a universalidad, siendo utilizada por los escritores romanos como semejante a público. Según el diccionario de la Real Academia, en su primera acepción es igual a "mayoría", muchedumbre o casi totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o todo sin determinación a persona o cosa particular". Fuera de la pura literalidad semántica, generalidad deriva de general, que se aplica por oposición a "especial" o "particular", es lo que es todo o todos o para todo o todos. La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el término generalidad como semejante a una importante pluralidad de sujetos pasivos. Así, dice el auto de 25.3.2003 debe entenderse, en principio, una multitud o una cantidad indefinida de personas, y en la STS.439/2009 de 14.4 "generalidad de personas" hace referencia a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado que no tiene porqué tener un vínculo común, salvo el de ser destinatarios a la actividad ilícita del autor", o en la STS. 129/2005 de 11.2 "una colectividad indeterminada y defensa de individuos". Bien entendido que ambos elementos deberá concurrir, es decir, debe existir un número significativo de personas que han tenido un perjuicio concreto y que dado el número de víctimas la suma de todos los perjuicios hace que pueda hablarse de notoria gravedad.(...)"*

patrimonio.<sup>704</sup>

En conclusión a lo anterior, el delito del art. 286 ter, como delito de peligro que es, no exige la efectiva verificación de un daño patrimonial materializado para su consumación, sino que el perjuicio potencial al bien jurídico se protege desde la modalidad intentada, *intentar corromper*. El patrimonio de los componentes de la Comunidad Internacional se protege con carácter previo a la producción del daño a los patrimonios públicos e individuales, y ello como consecuencia del irregular funcionamiento del mercado económico internacional. El delito masa suele estar ligado a la delincuencia económica, que ataca los derechos de los consumidores, engañándoles en sus perspectivas de adquirir bienes y servicios ofertados al mercado, que en general y con este tipo de fraudes colectivos caen en el ámbito del delito masa.

Parece, en principio, que el tipo del art. 286 ter reviste algunos elementos comunes para poderse apreciar, según los casos, como un delito masa, pero en verdad no tiene encaje en este supuesto, debido a que la conducta del soborno absorbería siempre una conducta de engaño hacia los consumidores y ciudadanos, toda vez que se alteran las reglas del mercado mediante el propio delito, sin que por ello exista un engaño directo. Tampoco se puede apreciar el delito analizado como delito masa, porque no es un delito verdaderamente patrimonial y el sujeto pasivo es indeterminado, siendo el daño causado difícilmente cuantificable.

---

<sup>704</sup> CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito masa en el Tribunal Supremo español*, (libro homenaje al Prof. D. Antón Oneca), Ed. Estudios penales, Salamanca, 1982, pp. 140 a 152

### *f.2.2. Concurso de normas*

Ante la transgresión penal, surge la necesidad de determinar cuál es la norma aplicable en el supuesto de que la conducta pueda estar típicamente descrita en más de una.<sup>705</sup>

Existirá un concurso aparente de leyes penales allí donde un determinado supuesto de hecho sea lógicamente subsumible en varios preceptos, uno de los cuales, sin embargo, desplazará a los restantes. El concurso de leyes exige que esa posibilidad sea jurídicamente solo aparente para que, en última instancia, resulte aplicable una sola de las leyes o preceptos. Y ahí precisamente es donde radica la diferencia entre el concurso de leyes y el concurso de delitos. Cuando para el enjuiciamiento global de la conducta haya que recurrir a la aplicación de dos o más figuras delictivas, los hechos serán constitutivos de dos o más delitos concurrentes. Las diversas leyes no entrarán en conflicto entre sí, y ninguna de ellas quedará desplazada. Este último supuesto es al que se refiere el legislador al establecer la salvedad expresa del art.8, el cual regula el concurso de leyes, respecto de los arts. 73 a 77 que regulan el concurso de infracciones. Las soluciones ante un caso de concurso de leyes pasan por acudir a los siguientes criterios del citado art. 8: primeramente se aplicará el principio de especialidad, según el cual el precepto especial tendrá preferencia sobre el general; en segundo lugar, entrará en juego el principio de subsidiariedad, en virtud del cual el precepto subsidiario solo se aplicará en defecto del principal; en tercer lugar, se acudirá al principio de consunción, en función del cual el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en él; y por último, regirá el principio de alternatividad,<sup>706</sup> conforme al cual en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el

---

<sup>705</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Op. Cit., p. 223

<sup>706</sup> Art. 8.4. del CP

hecho con menor pena.

Con anterioridad a la reforma de LO 1/2015 que ha afectado al art.286 ter, el delito de cohecho de funcionarios comunitarios y miembros de Estados de la UE, ubicado en el art. 427 del CP e incorporado a la LO 5/2010, podía concurrir con el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales para castigar una misma conducta de soborno a un funcionario europeo con el fin de obtener un contrato en el marco económico internacional. Ambos sobornos se diferenciaban en la condición de funcionario público extranjero o funcionario público de la UE, si bien los dos delitos se ubicaban antes de la reforma en el título de los delitos contra la Administración Pública. Los bienes jurídicos protegidos difieren en que el cohecho de funcionarios públicos de la UE tutela solo el correcto funcionamiento de la Administración Pública comunitaria y de los Estados miembros de la UE, mientras que el soborno del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales protege la leal competencia en el comercio internacional y la función pública.<sup>707</sup> La relación mantenida entre ambos tipos, si debía enjuiciarse la misma conducta aludida, era de alternatividad y no de especialidad, debido a que el anterior art. 445.1 contenía la pena más grave para englobar la conducta. El cohecho de un particular a un funcionario español con incidencia en las transacciones económicas internacionales quedaba sancionado, antes de la reforma de la LO 1/2015, en el art. 424 del CP. El soborno de un funcionario de la UE y de otros Estados miembro de la UE, en virtud del anterior art. 427,<sup>708</sup> se sancionaría también conforme a la pena prevista para el cohecho activo. De esta forma, el delito de corrupción en

---

<sup>707</sup> Opinión contraria con relación al mismo supuesto de hecho fue la de SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., pues consideró que la cuestión debía solventarse mediante un concurso ideal de delitos, aplicando la pena según lo previsto en el art. 77, pp. 304 a 306, (art. 77 del CP en virtud del cual se aplica la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones y cuando la pena así computada exceda de ese límite se sancionarán las infracciones por separado).

<sup>708</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. y ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., pp. 757 y 758

las transacciones económicas internacionales quedaba relegado a absorber únicamente las conductas de soborno a funcionarios públicos extranjeros o de organismos internacionales.

Con la última reforma de la LO 1/2015, el legislador ha introducido en el 286 ter una cláusula de remisión a otros preceptos con pena más grave para el castigo del culpable, previendo la posibilidad de un posible concurso de leyes: *“serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código”*. Probablemente, con esta cláusula el legislador quiso anticipar la solución a un posible concurso de normas, a la vista de la heterogeneidad de los elementos típicos que conforman el injusto y la pluriofensividad de su bien jurídico protegido. Dicha cláusula de remisión no ofrece demasiada seguridad jurídica, pues las reglas para un concurso de leyes ya se contienen en el art. 8 del CP.

Actualmente y conforme a la presente redacción del art. 286 ter se incluye el soborno a funcionarios públicos españoles, comunitarios o extranjeros. No cabrá el concurso ideal de delitos cuando el soborno sea con un funcionario público comunitario, sino que entrará en juego el concurso de leyes, entre la indicación de penas del art. 427 que lo remite a las reglas del cohecho y el art. 286 ter. En este caso se deberá prestar una primera atención a la lesión del bien jurídico en cuestión. Habrá que distinguir si mediante la acción se ha vulnerado el correcto funcionamiento del tráfico económico internacional o solo se ha vulnerado el correcto funcionamiento de una Administración Pública de un Estado miembro de la UE. En caso de que se pueda delimitar con facilidad el bien jurídico protegido que ha sido conculcado, no será necesario aplicar las reglas de un concurso de leyes. El problema surgirá cuando se lesionen ambos bienes jurídicos protegidos con una misma acción, pues no es de extrañar que el soborno a un funcionario público comunitario tenga lugar con objeto de lograr un

contrato en el marco económico internacional, siendo así que se vulnera el correcto funcionamiento del mercado económico internacional y la leal competencia, además de conculcarse el correcto funcionamiento de la Administración Pública comunitaria o del Estado de la UE al que pertenezca dicho funcionario corrompido. En este supuesto existirá un concurso aparente de leyes, el cual deberá solucionarse mediante el principio de alternatividad que supondrá aplicar la pena más grave, según prescribe la dicción literal del art. 286 ter, mencionando expresamente que se impondrán las penas en él señaladas, salvo que los hechos estuvieran sancionados con una pena más grave en otro precepto penal. Este enunciado resulta curioso, porque no hay conflicto alguno para determinar la pena más grave a aplicar. La conducta encuadrable en el cohecho activo, del art. 424, pero con un funcionario público comunitario del art. 427, remite a las penas de los arts. relativos al cohecho pasivo para su castigo.<sup>709</sup> Esta remisión del cohecho activo con un funcionario comunitario conlleva aplicar una pena igual de grave que la pena impuesta en el art. 286 ter.<sup>710</sup> En otras palabras, el particular que soborne a un funcionario público comunitario para la obtención de un contrato en el marco económico internacional, será en todo caso castigado con las penas de prisión de tres a seis años y de multa de doce a veinticuatro meses, tanto si se castiga como cohecho activo del art. 427 en relación con el art. 424, como si se castiga como un delito de corrupción en las transacciones

---

<sup>709</sup> El art. 424 establece que el particular que cometa cohecho con un funcionario público “*será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida*”, siendo en este supuesto hipotético contemplado el cohecho propio y debiendo por tanto aplicarse las penas del art. 419 que regula el cohecho pasivo propio.

<sup>710</sup> Las penas privativas de derechos para el particular del art. 286 ter que se aplicarán, serán las siguientes: la multa del tanto al triplo del montante del beneficio, si éste fuese superior a la cantidad resultante de la multa de doce a veinticuatro meses; y además se impondrá también la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. Las penas privativas de derechos para el particular del art. 424 con relación al art. 427 serían: la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.



comerciales internacionales del art. 286 ter. Por ello se deberá aplicar el principio de especialidad del art. 8.1 del CP, entendiéndose que el precepto 286 ter es un soborno más específico que el injusto del cohecho activo del art. 424 con relación al art. 427 del CP.

A primera vista cabría plantearse la aplicación del principio de consunción, representando el art. 424 y el art. 427, preceptos más amplios que el art. 286 ter, pero al disponer este último precepto de una pena más grave, sería de aplicación, según la literalidad de este art., el criterio de alternatividad, y quedarían así excluidos los preceptos con la pena menos grave.

Estas posibles colisiones entre el cohecho activo y el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, según la redacción actual del art. 286 ter y su cláusula de remisión parcial, deberían ser enmendadas, de forma general, conforme al principio de alternatividad. De esta forma, cualquier conducta que encaje en el art. 286 ter y en otro precepto del CP deberá castigarse con la pena de mayor gravedad que marque cualquiera de los tipos. Este criterio no es del todo acertado, porque el principio de alternatividad opera como una clausula de cierre para las situaciones de concurso de delitos cuando no se ha podido determinar la existencia de otra relación más específica entre los delitos concurrentes. Por consiguiente, según el ejemplo anteriormente expuesto, si los hechos son susceptibles de subsumirse bajo la figura del cohecho activo y del soborno transnacional, deberá tomarse en consideración el principio de especialidad, porque el delito del art. 286 ter es un soborno especial que persigue la finalidad concreta de obtener determinadas ventajas en el tráfico económico internacional.<sup>711</sup>

---

<sup>711</sup> PUENTE ABA, L., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Op. Cit., p.926

En el supuesto de que se trate de un soborno impropio cometido con un funcionario público comunitario para la obtención de un contrato en el marco del tráfico comercial internacional, la conducta podría ajustarse entonces, bien en el art.424 y en el art. 427, con remisión para las penas al art. 420 que prevé la pena de prisión de dos a cuatro años y la pena de multa de doce a veinticuatro meses, o bien podría adaptarse al art. 286 ter.<sup>712</sup>

---

<sup>712</sup> La admisión del soborno impropio en los delitos del art. 286 ter no ha sido una cuestión pacífica por parte de la doctrina, Vid. Supra III B) apartado b.5.2, d)1. y en opinión contraria a contemplar la posibilidad de soborno impropio en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales PUENTE ABA, L., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Op. Cit., (...) “ la conducta de ofrecer o conceder beneficios al funcionario sin vinculación a ningún acto concreto, sino únicamente en consideración a su función (...)”p. 924; y en sentido parecido se posicionó respecto al anterior art. 445 SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., p. 222



## CAPÍTULO IV

### REFERENCIA A LAS CUESTIONES PROCESALES

La eficacia de las normas penales depende de un sinfín de factores, pero sin necesidad de entrar a valorar argumentos de orden sociológico o político, debe recalcar el papel fundamental del Derecho procesal penal, que aplica las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal material. El conjunto de garantías procesales aludidas constituye un bloque jurídico inherente al propio Estado de Derecho.<sup>713</sup>

De un lado, hay que tener presente la extensión de la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los delitos del art. 286 ter y de otro, habrán de observarse algunas particularidades procesales para el procesamiento de los sujetos responsables en este tipo de delitos de corrupción.

---

<sup>713</sup> BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A. (dir.), *Corrupción pública: Cuestiones de política criminal (I)*, Ed. Iustel, Madrid, 2014, p.15

## A) Normas relativas a la extensión de la jurisdicción de los tribunales penales españoles

La jurisdicción como presupuesto del proceso conlleva, entre otras cuestiones, a que los Juzgados y Tribunales examinen de oficio la jurisdicción.<sup>714</sup>

Los problemas para la delimitación de la jurisdicción surgen cuando intervienen elementos extranjeros en la perpetración del delito. En estos supuestos debe recurrirse al Derecho penal internacional, el cual constituye el conjunto de reglas referentes a los límites de aplicación de la ley penal en el espacio. De esta forma pueden resolverse los problemas de orden penal, que contienen elementos de extranjería relativos a la competencia jurisdiccional, a la *lex loci delicti*, a la naturaleza del delito, y a la persona del autor.

En lo que atañe a la extraterritorialidad y a la persecución de los delitos de corrupción con agentes públicos extranjeros, el Convenio de la OCDE<sup>715</sup> establece criterios de extensión jurisdiccional, enunciando *inter alia* el principio de territorialidad y exigiendo a cada Estado que adopte las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción si el delito se comete en el territorio estatal en cuestión. El Convenio de la OCDE proclama un concepto amplio de territorialidad, mediante el cual se podrá extender la jurisdicción sobre estos delitos cuando solo en parte hayan sido realizados en España.<sup>716</sup>

---

<sup>714</sup> Art. 9.6 de la LOPJ

<sup>715</sup> Art. 4 del Convenio de la OCDE; la base territorial declarada en el Convenio se fija en la legislación española en el art. 8 del CC y en el art. 23 de la LOPJ

<sup>716</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., pp. 145 y 146; y con respecto a la definición de Derecho penal internacional, PALOMO DEL ARCO, A. y ROMÁN PUERTA, L. (dir.), *La adaptación extraterritorial de la ley penal española*, en *Fenómenos delictivos complejos*, Cuadernos de Derecho judicial (IX), CGPJ, Madrid 1999, p. 54

La internacionalidad de estos delitos provoca que los principios territoriales no sean suficientes para cubrir todos los supuestos, debiéndose acudir al principio de personalidad activa. El Convenio de la OCDE establece también con respecto a este principio, que los países que ostenten potestad jurisdiccional para perseguir a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero, tendrán que adoptar las medidas necesarias para afirmar dicha jurisdicción. El principio de personalidad activa se prevé en la LOPJ<sup>717</sup> para extender la aplicación del Derecho penal patrio a los ilícitos penales cometidos por españoles en el extranjero, siendo imprescindible que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, que se haya promovido la acción penal, y que se haya abierto un procedimiento contra el presunto culpable solo en España, a efectos de no vulnerar el principio *non bis in idem*.<sup>718</sup>

Conforme al principio de territorialidad y de personalidad activa, la comisión del soborno transnacional será enjuiciada por los Tribunales españoles incluso cuando se presenten elementos de extranjería, si todo el delito o solo parte se cometiese en España o en el extranjero y el autor fuera de nacionalidad española o hubiese adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho. Por ejemplo, el envío de un correo electrónico, de una comunicación escrita o una llamada telefónica desde España o incluso una reunión personal entre el sobornador y el funcionario sobornable, sería suficiente para aplicar el principio de territorialidad y para que se enjuiciasen los hechos en España. Y ello sin perjuicio de que el negocio o contrato en el marco económico internacional se ejecutara en territorio extranjero. Otro supuesto en el que sería de aplicación el principio de personalidad activa, sería el caso en el que se incriminase a una empresa multinacional española que cometiera soborno transnacional. Estos entes pueden poseer filiales o sucursales en el exterior, las

---

<sup>717</sup> Art. 23 de la LOPJ

<sup>718</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E., Op. Cit., p. 149

cuales podrán estar estrechamente vinculadas a la sociedad matriz española, aunque gestionadas por directivos o administradores extranjeros, en especial si la sucursal no tiene personalidad jurídica propia, como es el caso de las entidades bancarias en el extranjero.

El principio real o de protección atribuye a la jurisdicción penal española el conocimiento de aquellas causas en las que se lesionen los delitos del catálogo enumerado en el apartado 3º del art. 23 de la LOPJ, dentro del cual no se encuentran enumerados los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pero sí se contemplan los delitos contra la Administración Pública española.

La LOPJ establece en su art. 23.3 las bases del principio real o de protección, de tal manera que la jurisdicción española conocerá un determinado conjunto de delitos aunque hayan sido cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional, y entre tal catálogo se incluyen los delitos contra la Administración Pública española. Por ello, en teoría, no habría ningún obstáculo para perseguir penalmente a un particular extranjero que pretende sobornar o influir sobre un funcionario público español, que pudiera estar cometiendo un delito de cohecho o de tráfico de influencias.

La corrupción pasiva cometida por funcionario público no está expresamente contemplada en el art. 286 ter. Por un lado, podría interpretarse que la atipicidad de esta conducta obedece a razones pragmáticas, pues resulta más fácil por cuestiones de competencia sancionar únicamente al español que soborna al funcionario extranjero, al mismo tiempo que la sanción penal de este último en país que no fuese el suyo, podría dar lugar a numerosos conflictos

internacionales.<sup>719</sup> Si por el contrario el autor del soborno conforme a la conducta tipificada en este precepto fuese un funcionario público español, deberá acudir a los preceptos que regulan el delito de cohecho pasivo para su punición. Si el funcionario público español cometiera cohecho en el marco de una transacción comercial internacional en el extranjero, se aplicaría sin lugar a dudas el principio de personalidad activa para su enjuiciamiento por los Tribunales españoles, pues no solo habría vulnerado el adecuado funcionamiento del tráfico económico internacional y la competencia leal, sino que también habría lesionado el correcto funcionamiento de la Administración Pública española, quebrando el principio de imparcialidad y de lealtad que define su función pública. Los delitos perpetrados por funcionarios públicos españoles en ejercicio de sus funciones y residentes en el extranjero serán objeto de enjuiciamiento por la jurisdicción española, a pesar de que dichos hechos se cometieran fuera del territorio nacional, siempre y cuando sean delitos contra la Administración Pública española.<sup>720</sup>

Según el art. 427 del CP, el funcionario público de las CCEE se integraría en el círculo de sujetos activos del delito de cohecho, siendo éste un delito contra la Administración Pública enjuiciable en España conforme al criterio anteriormente expuesto. El Convenio de la UE<sup>721</sup> establece una serie de obligaciones sobre la necesidad de asumir la competencia jurisdiccional respecto de las infracciones cometidas contra cualquier funcionario de la UE o por parte de un funcionario de la UE con sede en España. Tal previsión arranca de una concepción institucional de la Administración Pública española, pues integra a las instituciones de la UE como gestoras de los ámbitos de soberanía nacional conferidos con la ratificación de los instrumentos internacionales en materia de corrupción. De este modo, en

---

<sup>719</sup> MIRÓ LLINARES, F., “Reforma de los delitos de corrupción en los negocios” en MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y AAVV, *Estudios sobre el Código penal reformado LO 1/2015*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 654 y 655

<sup>720</sup> Art. 23.3.h) de la LOPJ

<sup>721</sup> Arts. 7.1 c) y d) del Convenio de la UE



lo que afecta al cohecho pasivo y activo se amplía el abanico de persecución extraterritorial a nacionales o extranjeros con relación al art. 427 del CP.<sup>722</sup> La responsabilidad penal en España de los funcionarios de la UE y de los estados miembros de la UE con relación a los delitos de cohecho, quedará delimitada por los privilegios e inmunidades que rijan en relación a su estatuto profesional y personal como autoridad o funcionario público.<sup>723</sup> La aclamada cooperación internacional para combatir la corrupción transfronteriza quedó igualmente reflejada en la UNCAC<sup>724</sup> y en la Convenio del Consejo de Europa,<sup>725</sup> por cuanto se indicó la necesaria inclusión de estos delitos de cohecho activo y pasivo en los tratados de extradición vigentes y la conveniencia de la elevación de las penas privativas de libertad para este tipo de corrupción y sobornos en general.<sup>726</sup>

La situación se complica, en cambio, si el soborno lo comete un funcionario público extranjero, que no sea miembro de la UE. En ese caso existiría una zona de vacío legal que podría propiciar la impunidad del sujeto. Ninguno de los principios enumerados, de territorialidad, de personalidad, de protección de intereses jurídicos e incluso el principio de de justicia universal,<sup>727</sup> que se tratará a continuación, amparan al *ius puniendi* español para castigar a funcionarios públicos extranjeros que delincan con este tipo de conductas constitutivas de soborno transnacional, ya que ni por razón de sus funciones públicas, ni con relación a algunos de los bienes jurídicos lesionados,<sup>728</sup> existiría potestad

---

<sup>722</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), Op. Cit., p. 455

<sup>723</sup> Art. 4.4 del Convenio de la UE

<sup>724</sup> Art. 44.4 de la UNCAC

<sup>725</sup> Art. 27.3 de la Convenio del Consejo de Europa

<sup>726</sup> Vid. Supra III F) apartado f.1.1.

<sup>727</sup> Art. 23 de la LOPJ

<sup>728</sup> En este sentido también se ha pronunciado y ha explicado SÁNCHEZ BENITO, D., Op. Cit., p. 214: *"Podrían darse casos, no obstante, en los que el soborno a un funcionario público de otro Estado se llevara a cabo en territorio español. Pero aún en estos supuestos seguirían planteándose un sinfín de problemas. Así, si tal sujeto se desplazara a su país después de haber aceptado el pago indebido, sería difícil conseguir su extradición a España para juzgarlo por el delito cometido en España, pues, en primer lugar la institución de la extradición rige desde antiguo la no entrega de nacionales."*

jurisdiccional de los órganos judiciales españoles.<sup>729</sup>

Los delitos analizados atacan a la Comunidad Internacional, motivo por el cual se comprenden dentro del listado *numerus clausus* que se establece en el apartado 4º del art. 23 de la LOPJ, fijándose así el principio de universalidad. Este principio produce la extensión de la jurisdicción penal con carácter extraterritorial a cualquier tipo de personas, cuando se trate del castigo de delitos que afectan a bienes jurídicos protegidos con carácter general en toda la Comunidad Internacional.

Para la aplicación de los tres principios anteriormente enunciados: el de personalidad, el de protección y el de universalidad, será condición imprescindible que el presunto responsable no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y que tampoco haya cumplido completamente la condena impuesta en país extranjero.

El principio de universalidad no contempla los delitos contra la Administración Pública para su aplicación, si bien tras la última reforma de LOPJ de la LO 1/2014<sup>730</sup> sí se contiene expresamente el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales, pero debe recordarse que el enjuiciamiento extraterritorial del art. 286 ter no castiga a los funcionarios como autores del delito y solo será posible sancionar la conducta del particular.<sup>731</sup>

Este tipo soborno en las actividades económicas y comerciales

---

<sup>729</sup> El Convenio de la OCDE no invoca el principio de personalidad pasiva, pero sí se proclama en el art. 7 del Convenio de la UE, lo que sirvió de base para la regulación del cohecho cometido por funcionarios de las CCEE, regulado en el art. 427 del CP

<sup>730</sup> BOE 14 de marzo de 2014, nº 63

<sup>731</sup> PUENTE ABA, L. en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 926 a 928

internacionales será perseguible fuera del territorio español conforme al principio de universalidad, con independencia de que el delito se cometa por españoles o por extranjeros, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:<sup>732</sup>

- a) Cuando el procedimiento se dirija contra un español, conforme al principio de personalidad activa.
- b) Cuando el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que tenga su residencia habitual en España. El principio básico del Convenio de la OCDE es que cada Estado firmante se ha de comprometer a perseguir los delitos de corrupción que en cualquier lugar cometan sus nacionales o residentes. El criterio de la condición de autor de la infracción significa que la competencia puede establecerse con independencia de la *lex loci delicti*.
- c) Que el delito hubiera sido cometido por un directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España.
- d) Que el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.<sup>733</sup> La personalidad jurídica de las personas jurídicas se determinará según su legislación nacional, debiendo tener en este caso

---

<sup>732</sup> Art. 23.4 n) de la LOPJ

<sup>733</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I. "Breve reflexión sobre la modalidad de cohecho activo en las actividades económicas internacionales (art.286 ter)" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Op. Cit., pp. 1173 y 1174

alguna vinculación con España para que puedan ser perseguidas por los delitos de corrupción enunciados. Podrán ser penalmente responsables todas las sociedades de capital que tengan domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar donde se hubieran constituido. No podrán ser objeto de enjuiciamiento por los tribunales españoles aquellas sociedades extranjeras, que tengan en nuestro país una actividad comercial esporádica o un establecimiento secundario, ya sea una agencia o una sucursal.<sup>734</sup>

El enjuiciamiento de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales competirá generalmente a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional,<sup>735</sup> para los delitos cometidos fuera del territorio nacional, si bien debe destacarse que hasta la fecha no existe ninguna sentencia de condena por este delito ubicado anteriormente en el art. 445 del CP.

La existencia de órganos especializados en materia de corrupción penal ha sido una medida recomendada por los organismos e instituciones internacionales, aunque no siempre se ha recogido su mención de forma explícita. El Convenio de la OCDE<sup>736</sup> recalcó la obligación de que en la investigación y en la persecución de la corrupción de agentes públicos extranjeros no influyesen consideraciones de interés económico nacional, ni tampoco las consecuencias de las relaciones políticas con otro Estado o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas. Se proclamó, pues, un cierto principio de independencia y protección ante influencias de contenido arbitrario para la persecución y enjuiciamiento de dichas conductas corruptas. La UNCAC, por su parte, estimó la necesidad de crear órganos especializados e independientes en la lucha contra la corrupción, la elaboración de programas preventivos y su

---

<sup>734</sup> Art. 9.11 del CC y los arts. 8, 9 y 11 de la LSC

<sup>735</sup> Art. 65 de la LOPJ

<sup>736</sup> Art. 5 del Convenio de la OCDE

supervisión, exigiendo asimismo a los Estados partes adoptar las medidas necesarias para garantizar que determinadas personas o entidades se especialicen en la lucha contra la corrupción, y tengan además la independencia necesaria para desempeñar sus funciones con eficacia.

La creación de órganos especializados independientes puede considerarse como uno de los pilares de la política criminal anticorrupción.<sup>737</sup> La Audiencia Nacional en el sistema de planta judicial español, no es propiamente un órgano que pueda calificarse *ad hoc* como un órgano especializado en corrupción, pero será competente para conocer los delitos de corrupción pública o privada si se cometiesen fuera del territorio nacional y debieran ser enjuiciados por tribunales españoles. También será competente la Audiencia Nacional para enjuiciar las defraudaciones y maquinaciones que alteren el precio de las cosas y produzcan una grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional, o causen un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia Provincial. Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales afectan a la Comunidad Internacional y al correcto funcionamiento del mercado económico internacional y su leal competencia. Sin embargo, la justificación acerca de la existencia de este órgano jurisdiccional no ha sido pacífica, ya que dispone de una competencia objetiva excepcional respecto de la competencia ordinaria. Ello puede derivar en situaciones procesales altamente complejas que generen disfunciones, afectando al sistema de garantías que envuelve el proceso penal, si bien es inviable conforme a la realidad social e histórica dismantelar dicho órgano por razones de muy diversa índole.<sup>738</sup>

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013 propuso la creación

---

<sup>737</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones internacionales*, Op. Cit., p. 98

<sup>738</sup> BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A. (dir.), Op. Cit., p. 19

de Juzgados de Instrucción de Criminalidad Organizada de ámbito provincial o autonómico, pues tal como hizo constar de forma muy acertada, en numerosas ocasiones los Juzgados de Instrucción (y a veces mixtos) se ven obligados a tramitar macro causas de corrupción y criminalidad organizada y, tratándose de pequeños Juzgados en pueblos, servidos por Jueces recién ingresados en la Carrera Judicial, se ven atascados por trabajo pendiente y acaba resultando tremendamente difícil alcanzar las cuotas de eficacia deseables en materia de corrupción,<sup>739</sup> a pesar de significar dicha materia uno de los asuntos de mayor preocupación y eco social. Tales Juzgados especializados podrían contar con personal especializado en análisis contables, auditoría de cuentas, informática y especialistas, todos ellos cada vez más necesarios y de los que carecen tanto los Juzgados de Instrucción como la Audiencia Nacional. Para la emisión de dictámenes de estos especialistas debe solicitarlos la autoridad judicial y los Colegios profesionales respectivos o a la Agencia Tributaria, sin olvidar, además, aquellos supuestos en que podría darse un conflicto de intereses si esa Administración es parte del procedimiento.

---

<sup>739</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Fiscal del 2013, pp. 749 y 750;  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/MEMFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740) (17/08/2015)

## B) *Notitia criminis* y ejercicio de las acciones penales

Uno de los principios que se desprenden del proceso penal es el principio de legalidad, el cual implica que ante la concurrencia de indicios de la comisión de un delito perseguible de oficio, el proceso penal debe ineludiblemente incoarse y llegar a término. Este principio denominado también de oficialidad supone que conocida la *notitia criminis* por cualquier medio, los órganos encargados de la prosecución penal estarán obligados a promover la acción de la justicia.

La *notitia criminis* y el ejercicio de la acción penal contra la persona física culpable del delito del art. 286 ter no muestra demasiadas particularidades en lo que a la comunicación de su imputación y respeto de sus garantías procesales y fundamentales se refiere. Cuando el presunto responsable sea una persona jurídica aparecen una serie de especialidades. Una vez existan indicios racionales de criminalidad de la comisión de un delito por parte de una persona jurídica deberá procederse a las diligencias de investigación oportunas, comunicándose a la imputada y en su caso notificándose después el auto de procesamiento, con pleno respeto siempre a los derechos de defensa.<sup>740</sup> La notificación de la imputación siempre se deberá dirigir al representante legal de la persona jurídica en cuestión, quien deberá declarar en nombre de la persona jurídica imputada. El problema surge desde que se tiene constancia de la *notitia criminis* y se aplican las atenuantes recogidas en el art. 31bis 4b) y d), relativas a haber colaborado en la investigación del hecho, aportando pruebas en cualquier momento del procedimiento. Estas atenuantes pueden producir graves conflictos de intereses entre la persona jurídica y la persona física a través de la cual la sociedad se valió para delinquir, pudiendo incluso alcanzar una posible vulneración de los

---

<sup>740</sup> Art. 118 de la LECRIM

derechos fundamentales de la persona física. La colaboración aludida como atenuación se entenderá cumplimentada, cuando la persona jurídica imputada haya llevado a cabo actos de investigación orientados a la averiguación del hecho delictivo, y haya facilitado información o pruebas decisivas a las autoridades judiciales en cualquier momento del procedimiento.<sup>741</sup> La circunstancia atenuante especificada en el apartado c) del precepto citado, consistente en haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito, tiene una aplicación práctica menos controvertida, sirviendo de base para la utilización de la atenuante recogida en el artículo 21.5 del CP, es decir, la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento, y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

La atenuación de responsabilidad penal en las personas jurídicas, que tiene lugar en la fase de inicio del procedimiento, parte de una culpabilidad en la organización como presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los programas de *compliance*. Al objeto de vincular la existencia de una atenuante a la colaboración de la persona jurídica en el descubrimiento de los hechos delictivos, se deberán establecer las medidas eficaces para la prevención de futuros hechos delictivos, así como la reparación del daño causado por el mismo.

Lo cierto es que, sin perjuicio de las dificultades procesales conocidas para el enjuiciamiento a una persona jurídica conforme a la máxima *societas delinquere non potest*, se añade la complicada aplicación de las atenuantes citadas para los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales a partir de la apertura de diligencias de investigación. No sería raro que sucediera que un

---

<sup>741</sup> FERRE MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., pp. 44 a 60



empleado de una mercantil española, instigado discrecionalmente por el órgano directivo de la empresa, sobornase a un funcionario público para conseguir un contrato o negocio en el tráfico económico internacional. La misma empresa, a pesar de incitar a la comisión de un soborno mediante el ofrecimiento de cualquier incentivo, podrá disponer de forma paralela de amplios y completos programas de *compliance*. De igual forma sería previsible que llegado el punto del descubrimiento del acto delictivo, la sociedad instaurase rápidamente mecanismos de control y de colaboración judicial para la averiguación de la perpetración del delito. En ese caso, si no se descubriera la autoría mediata porque el empleado sobornador no delatase al órgano directivo, podrá quedar la persona jurídica exenta o atenuada de responsabilidad según los casos. Cualquier soborno en el seno de una empresa siempre lo cometerá una persona física, y generalmente en nombre de la empresa. Resulta difícil imaginar un supuesto en el que la sociedad no tenga conocimiento ni avale la entrega de cualquier ventaja a un funcionario público, puesto que dicha ventaja o dádiva ofrecida o entregada provendrá del activo de la empresa.

Para proceder por los delitos del art. 286 ter no será necesaria denuncia de la persona agraviada, ya que afecta a una pluralidad de intereses y son delitos semipúblicos. La investigación de la perpetración de este tipo de ilícitos penales puede iniciarse de oficio por el Ministerio Fiscal o en virtud de denuncia de cualquier persona que tuviera conocimiento de los hechos.<sup>742</sup>

La persecución de los delitos de corrupción y fraude, en concreto el soborno internacional, es asumida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en concordancia con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa<sup>743</sup> y la UNCAC<sup>744</sup> sobre el establecimiento de órganos o personas

---

<sup>742</sup> Art. 259 de la LECRIM

<sup>743</sup> Art. 20 del Convenio del Consejo de Europa

<sup>744</sup> Art. 36 de la UNCAC

especializadas en la lucha contra el crimen organizado, destacadas en determinados puntos especialmente sensibles de la geografía española, allí donde el crimen organizado se deja sentir con mayor intensidad

La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada<sup>745</sup> es un órgano de especial trascendencia para la persecución e incriminación de los delitos relacionados con la corrupción económica. En el elenco de sus competencias podrá practicar las diligencias de investigación y podrá intervenir directamente en los procesos penales de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación con los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y con los delitos de corrupción del sector privado.<sup>746</sup> Esta fiscalía especial es un órgano perfecto para la cooperación internacional en la prevención y represión de tales delitos de corrupción.<sup>747</sup> De hecho, se encuentra vinculada a la Red Judicial Europea, si bien sus recursos técnicos y humanos son aún deficientes para constituir un organismo altamente eficiente contra los delitos de corrupción.<sup>748</sup> Como apoyo a dicha fiscalía existe una unidad adscrita dentro de la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal de la Comisaría General de la Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía.

Esta estructuración policial y del Ministerio Fiscal no cuenta, sin embargo,

---

<sup>745</sup> Vid. Supra IV C) apartado c.7. La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada fue creada por Ley 10/1995 de 24 de abril, (BOE 25 de abril de 1995, nº 98), por la que se creó esta fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, modificándose consecuentemente el EOMF

<sup>746</sup> Art. 19.4 ñ) y o) del EOMF

<sup>747</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La cooperación internacional en la lucha contra la corrupción: perspectivas de futuro*, Revista uruguaya de Derecho procesal, nº 2, 2001, pp. 125 a 148

<sup>748</sup> Resumen de los datos estadísticos de las Fiscalías Especializadas- Delitos económicos, 2011; [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es) (13/08/2015); “una vez más debemos lamentar que a día de hoy no dispongamos todavía de un sistema informático integrado que nos permitan reflejar de una forma clara y precisa las estadísticas de nuestra Sección. Únicamente el celo (y a veces el denodado esfuerzo de algunos compañeros que como el de Badajoz han creado un Libro Registro de Delitos Económicos) de los Fiscales, permite un acercamiento no del todo fiable en su exactitud, a la evolución de la delincuencia en la materia”.

con su equivalente en la estructura judicial, lo cual en muchas ocasiones se traduce en el debilitamiento de la lucha contra el crimen organizado.<sup>749</sup>

Además de la existencia de órganos especializadas para la persecución e investigación de los delitos en materia de corrupción, es preciso que se den una serie de garantías protectoras para los denunciantes y testigos, ya que de lo contrario será altamente difícil tener conocimiento de la *notitia criminis*, cuando los hechos se han cometido parcial o totalmente en el extranjero y media el pacto de silencio entre sobornador y sobornado.

En relación a la previsión sobre la adopción de medidas de protección de testigos y de denunciantes a las que se refiere la UNCAC,<sup>750</sup> será de aplicación la ley española de protección de testigos y peritos en causas criminales.<sup>751</sup> El Convenio de la UE<sup>752</sup> pretendía trasladar a la corrupción la institución de los testigos protegidos, mediante la creación de medidas que faciliten la recolecta de pruebas. La institución de la protección de testigos en España no se restringe a un determinado grupo de delitos, y cobra especial importancia en el ámbito de la corrupción especial los *whistleblower*, es decir, aquellos trabajadores o funcionarios públicos que delatan o denuncian las prácticas corruptas llevadas a cabo por superiores.<sup>753</sup> Estas medidas se implantan en el sistema procesal español a través de las técnicas de investigación, tales como los agentes

---

<sup>749</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Fiscal del 2013; pp. 749 y 750,

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/MEMFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740)(17/08/2015)

<sup>750</sup> Arts.32 y 33 de la UNCAC

<sup>751</sup> LO 19/1994 de 23 diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales

<sup>752</sup> Arts. 22 y 23 del Convenio de la UE

<sup>753</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones internacionales*, Op. Cit., que afirma que, “la STC 126/2003 de 30 de junio ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por un trabajador despedido por hacer publicar irregularidades de la empresa (...)” y opinando al respecto que resulta necesario la intervención del legislador para la adopción de medidas de protección para los delatores en el marco de la empresa y de la Administración, pp. 96 y 97

infiltrados<sup>754</sup> o la interceptación de las comunicaciones.<sup>755</sup> Dichas disposiciones normativas, las cuales pueden servir como medidas de investigación, delimitan algunos derechos fundamentales como es el secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE. Este derecho fundamental adquiere gran trascendencia para los delitos aquí analizados y los complejos mecanismos utilizados para realizar el soborno. La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas, postales y telegráficas proyecta su extensión también al correo electrónico, al considerarse un medio asimilable al teléfono, si bien la autorización judicial estará condicionada a la existencia de sospechas fundadas en la obtención por estos medios, y el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o prueba contundente para el enjuiciamiento del delito.<sup>756</sup>

La acción penal también puede ejercitarse a través de la institución de la acusación popular. En los procesos penales por delitos contra la Administración Pública suele personarse la acusación popular,<sup>757</sup> debido a la dimensión social y pública que en ocasiones alcanza el objeto de dichos procesos, y por la naturaleza del interés jurídico protegido que se lesiona. Cualquier persona podrá ser susceptible de mostrarse parte activa en los delitos perseguibles de oficio. El acusador popular podrá intervenir durante todo el procedimiento desde la fase de investigación hasta el juicio oral, pudiendo impugnar aquellas resoluciones judiciales desfavorables. Ostentará una posición parecida a los derechos procesales conferidos al Ministerio Público o a la víctima.<sup>758</sup> La institución de la acusación popular responde en sus orígenes a una sospecha contra el Ministerio Público, a consecuencia de injerencias políticas a través de la dependencia

---

<sup>754</sup> Art. 282 bis de la LECRIM, la figura del agente infiltrado se utiliza, entre otros, en el marco de organizaciones criminales

<sup>755</sup> Art. 579 de la LECRIM, la adopción de esta medida requiere de un procedimiento por delito grave conforme al principio de proporcionalidad de las penas

<sup>756</sup> ZOCO ZABALA, C., *Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE*, INDRET, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2010, pp.4 y 5  
<sup>757</sup> Arts. 125 de la CE y 101 de la LECRIM

<sup>758</sup> MORENO CATENA, V., en GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 1ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 31 y 124

jerárquica del Fiscal General del Estado,<sup>759</sup> quien es elegido por el Gobierno de turno. Asimismo, esta institución es utilizada también por asociaciones de dudosa reputación cívica con el fin de instrumentalizar su uso como arma política.<sup>760</sup> La LECRIM no establece criterios de exclusión<sup>761</sup> para ejercer la acusación popular ni exige la acreditación de ostentar un interés legítimo. Tal vez sería recomendable que se estableciera un control judicial de legitimidad en la acusación popular, al objeto de preservar mejor los derechos de las partes.<sup>762</sup> La acusación popular cumple su función cuando se han violado intereses colectivos, siendo más difícil de justificar la finalidad de esta institución cuando se trata de intereses difusos y el sujeto pasivo es indeterminado, según ocurre en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.<sup>763</sup> Luego surgiría la pregunta de si poseyendo los delitos analizados un carácter semipúblico, la acusación popular adquiriría alguna significación. En principio la respuesta es que la acusación popular resulta formalmente viable, pero no cuadra con el principio de justicia material. Además, se trata de conductas bilaterales en las que es necesaria la presencia de un funcionario público, aunque éste no pueda ser juzgado como autor de los delitos del art. 286 ter, y por ello es probable que emerja el interés de los partidos políticos contrarios a los del Gobierno de turno para entablar las acciones propias de una acusación popular.

Una de las barreras que dificulta la lucha contra la corrupción de agentes públicos y de la criminalidad empresarial son las habituales dilaciones en la fase de investigación e instrucción, que se demoran en exceso a causa de su complejidad, de la pluralidad de imputados y perjudicados, y de las estrategias procesales dilatorias empleadas a veces por la defensa letrada. De igual modo, la

---

<sup>759</sup> Art. 124 de la CE y arts. 22 y 29 del EOMF

<sup>760</sup> NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en las transacciones internacionales*, Op. Cit., p. 103

<sup>761</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 102 y 103 de la LECRIM

<sup>762</sup> BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A. (dir.), Op. Cit., p. 36, con motivo del Anteproyecto de la LECRIM en *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2011

<sup>763</sup> Vid. Supra III B) apartado b.3.

falta de regulación específica de las piezas separadas en el procedimiento penal, como puede ser la responsabilidad civil *ex delicto*, pueden llegar a desgajarse de facto del procedimiento penal con la consecuente demora en la investigación y la falta de cruce de datos necesaria que precisa el esclarecimiento de la perpetración del delito. Por último, se debería endurecer la reglamentación proteccionista para amparar a aquellos particulares que denuncien los hechos y a los testigos que precisen protección para su seguridad e integridad física y psíquica. A ello hay que añadir la desventaja procesal que afecta, en última instancia, a la efectividad del derecho sustantivo sobre el aforamiento y otros privilegios procesales de los que gozan algunos cargos públicos para declarar como testigos fuera de la sede judicial o por escrito, y ello entorpece la agilización de la instrucción.

## C) Cooperación jurídica internacional

La cooperación judicial internacional halla su fundamento en la lucha de la persecución de los ilícitos penales para que los delincuentes, que se encuentren en territorio de un Estado distinto al Estado que ha acusado o imputado a dicha persona, sean procesados, respetados, e igualmente respetando así los Derechos fundamentales y las garantías jurídico-procesales de cada Estado, evitando con ello la impunidad debida a las barreras procesales, penales y probatorias de carácter transfronterizo.

La Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE) presta la asistencia necesaria a los órganos judiciales para la correcta remisión y eficaz cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurisdiccional, y suministra el apoyo requerido por los puntos de contacto de la Red Judicial Europea y de otras instituciones de análoga naturaleza. A efectos operativos, la división penal de la REJUE intermediará activamente para informar, asesorar, coordinar, en su caso, y llevar a cabo aquellas otras gestiones tendentes a la agilización de la asistencia judicial en materia internacional, con pleno respeto a la potestad jurisdiccional de los órganos judiciales afectados. La mencionada intermediación se prestará a solicitud de cualquier órgano judicial español, de una autoridad central española, del Ministerio Fiscal o de una autoridad extranjera con competencia para solicitar el auxilio.<sup>764</sup>

La cooperación judicial en el marco europeo penal se consagra en el órgano de la UE, EUROJUST,<sup>765</sup> el cual refuerza la cooperación judicial entre los

---

<sup>764</sup> Arts. 81 a 85 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales

<sup>765</sup> EUROJUST fue creado por Decisión 2002/187/JHA del Consejo de la UE, modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008

Estados mediante la adopción de medidas estructurales que facilitan la coordinación de las investigaciones y las actuaciones judiciales que traspasan el territorio de más de un Estado. El cometido de EUROJUST consiste en incrementar la eficacia de las autoridades nacionales en la investigación y persecución de las formas graves de delincuencia organizada y transfronteriza. La finalidad de EUROJUST es convertirse en un elemento clave en la cooperación y un centro de conocimiento y experiencia a nivel judicial, en la lucha efectiva contra la delincuencia organizada transfronteriza en la UE. Igualmente, EUROJUST también prestará ayuda en la resolución de conflictos de jurisdicción en los casos en que más de una autoridad nacional sea competente para llevar a cabo una investigación o una actuación judicial sobre un caso concreto. Asimismo, facilitará la ejecución de los instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos la orden europea de detención.<sup>766</sup> España se ha adaptado recientemente a la normativa europea en esta materia, así como a la realidad actual de la cooperación judicial internacional mediante este organismo y a través de la presencia reglada de personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior. De este modo España conforma un denominado estatuto miembro en EUROJUST, siendo de destacar como novedad la composición de la delegación española en dicho organismo. A las autoridades nacionales se les impone la obligación de informar de los posibles casos en que pueda existir un conflicto de jurisdicción y, además, se regula un sistema de consultas y decisión entre las autoridades competentes de los países afectados por el eventual conflicto de jurisdicción.<sup>767</sup>

Es evidente que en la persecución de los delitos de corrupción con elementos transnacionales resulta imprescindible la cooperación internacional

---

<sup>766</sup> [http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory\\_agencies\\_bodies/pol\\_agencies/eurojust/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/pol_agencies/eurojust/index_es.htm) (18/08/2015)

<sup>767</sup> Ley 16/2015 de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en EUROJUST, BOE nº162 de 8 de julio de 2015



para evitar la impunidad de sus autores. A tal efecto adquiere sentido el mecanismo de la Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición pasiva. Estos dos sistemas conforman la cooperación jurídica internacional consistente en la entrega de un ciudadano a otro Estado solicitante para su enjuiciamiento o sanción penal.<sup>768</sup>

Piénsese en el caso en que un directivo de una empresa española multinacional soborna a un funcionario público extranjero, supuesto en el que se hace necesario activar los mecanismos de cooperación jurídica internacional. De forma viceversa, si el autor extranjero de un soborno trasnacional se hallase en España, se deberá prestar la debida cooperación a fin de atender la solicitud del otro Estado que así lo requiera.

Por el contrario, si el procedimiento ya se hubiera iniciado en España y no fuera necesario acudir ni a la Orden Europea de Detención y Entrega ni a la extradición para garantizar la presencia del autor durante el proceso, si bien testigos o rastros materiales e informáticos que constituyeran pruebas incriminatorias se encontrasen en el extranjero, se precisará entonces de la colaboración de las autoridades judiciales extranjeras mediante el auxilio judicial internacional y las pertinentes comisiones rogatorias, al objeto de completar todas las garantías procesales para la incriminación en el país donde se enjuicien tales delitos.

---

<sup>768</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Extradición y la Euroorden*, (Texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, Ed. Aranzadi, Madrid, 2015, p. 16

### c.1. Comisión rogatoria y Orden Europea de Detención y Entrega

Cuando la corrupción es organizada, las ventajas patrimoniales se suelen ubicar en el extranjero. Esas ventajas patrimoniales provienen del beneficio irregular obtenido por el funcionario, aunque también pueden ser el rastro visible derivado de la obtención irregular del negocio o contrato lícito en cuestión. En este último caso, significaría que se carece de un nexo causal que aporte coherencia a los antecedentes empresariales, económicos o profesionales del autor con ese incremento económico, detectado a raíz de la dudosa adjudicación del negocio.

Se hace necesario utilizar la cooperación judicial para obtener cualesquiera pruebas que se hallen en el extranjero y sean inculpatorias del delito de soborno transnacional. Dichas pruebas pueden ser relativas a la entrega de la contraprestación y al pacto corrupto cerrado en país distinto de aquel que ejerce el *ius puniendi* sobre los hechos delictivos imputados. El contenido más frecuente de las comisiones rogatorias ha consistido en la obtención de datos acerca de las sociedades pantalla, extractos de cuentas bancarias, petición de bloqueo de cuentas y embargos de haberes. No obstante, a veces la inoperancia de la cooperación internacional y su lentitud ha provocado que en las Convenciones internacionales se mencione la utilización de la comisión rogatoria como el mecanismo imprescindible de la cooperación judicial internacional en la lucha contra la corrupción. La Convención de la OCDE,<sup>769</sup> el Convenio del Consejo de Europa<sup>770</sup> y la UNCAC<sup>771</sup> prevén la utilización de tales mecanismos interestatales.

---

<sup>769</sup> Art. 91 de la Convención de la OCDE

<sup>770</sup> Art. 25 de la Convención del Consejo de Europa

<sup>771</sup> Art. 43 de la UNCAC

También adquiere relevancia la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales para su aplicación a toda persona sospechosa y acusada, con independencia de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad.<sup>772</sup> En virtud de la citada Directiva se deberá prestar la debida cooperación internacional para recabar información sobre aquellas personas sospechosas de un hecho delictivo, debiendo informar al presunto autor de los derechos que le asisten y que resulten esenciales para salvaguardar la garantía de un proceso justo. La protección proporcionada por esta Directiva se extiende tanto a los sospechosos de haber cometido una infracción penal, que no se hallen detenidos o privados de libertad, como a aquellos presuntos responsables sobre los que se haya emitido una Orden de detención europea.<sup>773</sup>

En el Consejo Europeo de Tampere de 1999 se propuso la supresión de la extradición en caso de sentencia condenatoria. Se creó un sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas con fines de ejecución de sentencias o de diligencias en materia penal, permitiendo eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los procedimientos de extradición. Las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros se sustituyó por un sistema libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, pudiendo tratarse de resoluciones previas a la sentencia o definitivas en el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo.<sup>774</sup> La Orden Europea de Detención y Entrega<sup>775</sup> se concibe como mecanismo para la cooperación judicial en materia de corrupción, entre otros delitos. Esta Orden tiende a que los Estados

---

<sup>772</sup> Considerando 16 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales

<sup>773</sup> LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 203 a 217

<sup>774</sup> LANDECHO VELASCO S.J., C. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español, parte general, redactado conforme a la lo 5/2010*, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 167

<sup>775</sup> Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio y su transposición en la Ley 3/2003, de 14 de marzo y la actual Ley 23/2014 que deroga la anterior

de la UE se comprometan a la sustitución de los extensos y arcaicos procesos de extradición por procedimientos de entrega más ágiles. Las personas sospechosas de haber cometido algún delito o las que eludan la acción de la justicia después de haber sido condenados por sentencia firme, serán objeto de reclamo mediante esta Euroorden. El procedimiento se articula en torno a un modelo europeo de resolución judicial para la detención y entrega de otro Estado miembro: se requiere a la persona sospechosa para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad, privativas de libertad.<sup>776</sup> Con la Euroorden se establece un esquema basado en la mutua confianza entre los sistemas judiciales de los Estados miembros de la UE y constituye la primera concreción en el reconocimiento mutuo, que el Consejo Europeo ha calificado como piedra angular de la cooperación judicial. Se permite que la resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada por otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento en aplicación del haz de garantías del ciudadano sometido a la decisión de entrega.<sup>777</sup>

La comisión rogatoria contribuye al esclarecimiento probatorio transnacional y la Euroorden a la entrega ágil de las personas procesadas en el espacio europeo. Sin embargo, con el fin de coordinar también las diligencias de investigación transfronterizas y aunque exista cooperación judicial, se precisa una mayor colaboración institucional, la unificación de medidas político criminales y la homogeneización de legislaciones penales. Hasta la fecha no existe ninguna sentencia de condena de un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales; habrá que confiar en que la nueva reforma penal va a resultar más clarificadora en lo referente a los elementos

---

<sup>776</sup> Exposición de Motivos y art. 1 de la Ley 3/2002 de 14 de marzo reguladora de la Orden Europea de Detención y Entrega

<sup>777</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Extradición y la Euroorden*, Op. Cit., p.16, 21 a 24

típicos para facilitar su detección, persecución y enjuiciamiento.

## c.2. Extradición

La materia de la extradición pertenece al campo del Derecho internacional público, con motivo de sus fuentes, pero suele tener una importante incidencia en el ámbito del Derecho penal por las conexiones espaciales que guarda con esta disciplina. Su fundamento se encuentra en la necesidad de superar las limitaciones impuestas por el principio de territorialidad, ya que dicho principio impide aplicar la ley penal a hechos delictivos ocurridos fuera del país, en el que ha buscado refugio el delincuente, exceptuándose de los restantes principios analizados con anterioridad. La extradición posee naturaleza de un acto bilateral, abarca una relación entre el Estado requirente y el Estado requerido.<sup>778</sup>

La extradición activa<sup>779</sup> iniciada por decisión del Gobierno español para la solicitud de la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme en España, constituye un instrumento de cooperación internacional para la persecución y enjuiciamiento posterior de los delitos de corrupción en sede judicial. Solo se podrá proponer la extradición de los españoles que, habiendo delinquido en España, se hubieran refugiado en país extranjero; de los españoles que, habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de aquel en que delinquieron; y de los extranjeros que debiendo ser juzgados en España, se hubieran refugiado en un país que no sea el suyo.

---

<sup>778</sup> LANDECHO VELASCO S.J., C. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., Op. Cit., pp. 164 y 165

<sup>779</sup> Arts. 824 a 833 de la LECRIM

Hasta la fecha no ha existido ninguna solicitud de extradición activa con relación a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, ni tampoco se conoce ninguna propuesta de extradición de los Fiscales de las Audiencias y del Tribunal Supremo hacia el Gobierno con relación a los culpables o presuntos culpables de este tipo de soborno trasnacional. La dificultad probatoria transfronteriza y la falta de conocimiento de la *notitia criminis* contribuyen a que no se inicie un procedimiento penal por este delito y a que no se averigüe eficazmente su perpetración, si no es en concurso con otros delitos que hayan sido desvelados, como por ejemplo el blanqueo de capitales.<sup>780</sup>

En lo que respecta a la responsabilidad penal de los funcionarios, el Convenio de la OCDE,<sup>781</sup> indica que la extradición por corrupción de un agente público extranjero estará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno y en los tratados y acuerdos aplicables, considerando la corrupción trasnacional un delito extraditable, con independencia de las legislaciones internas de cada país. El Convenio ofrece la oportunidad de elegir entre extender la jurisdicción sobre los actos de corrupción cometidos por los nacionales en el extranjero, aplicando así el principio de personalidad activa, o prever la posibilidad de entregarlos a la jurisdicción que los reclame. Esta última opción puede a veces ofrecer unos resultados más fructíferos en orden a la represión de los actos de soborno internacional,<sup>782</sup> entre otras cosas por ser más sencilla la aplicación en España de la Ley de Extradición Pasiva<sup>783</sup>, en lugar de poner en marcha el procedimiento especial regulado en la LECRIM para la extradición activa, que obedece a decisiones políticas de primer orden.

---

<sup>780</sup> Vid. Supra III F) apartado f.2.1

<sup>781</sup> Art. 10 del Convenio de la OCDE

<sup>782</sup> NIETO MARTÍN, A. y PALOMO DEL ARCO, A. (dir.), *Ciudadanía europea y Derecho penal*, en Manuales de Formación Continuada (*El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000*), nº 5, CGPJ, Madrid 1999, (pp. 271 a 300), p. 299

<sup>783</sup> Ley de Extradición Pasiva 4/1985 de 21 de marzo

La extradición pasiva<sup>784</sup> recoge una serie de principios expuestos en el Convenio de la OCDE, como el de legalidad y especialidad. En España se mantiene un sistema mixto gubernativo-judicial que regirá con carácter supletorio a los Tratados internacionales. El principio de mínima relevancia en materia de extradición pasiva y de acuerdo con lo proclamado por el Convenio de la OCDE puede aplicarse sin problema en virtud de la nueva reforma del CP con respecto al incremento de las penas para el delito del art. 286 ter. La Ley de Extradición Pasiva<sup>785</sup> prevé la no entrega de quienes sean reclamados por infracciones castigadas a penas inferiores a un año de privación de libertad en su grado máximo, límite que ya se ha sobrepasado en la nueva regulación del art. 286 ter.

El Grupo de Trabajo de la OCDE<sup>786</sup> expresó en su último informe sobre España de marzo 2015, que mantiene su preocupación por el bajo nivel de aplicación de las medidas establecidas en el ámbito de la corrupción internacional. España no ha puesto en marcha actividad alguna para detectar e investigar los delitos de corrupción internacional, ni ha priorizado la actuación contra tales delitos, como tampoco ha hecho públicos los términos de los acuerdos alcanzados o concluyentes de los poderes públicos entre sí y del poder ejecutivo con otros Estados. Queda a salvo de estas críticas la nueva incorporación de España en el organismo EUROJUST, a fin de mejorar, agilizar e implantar de una forma habitual la cooperación judicial internacional entre los estados de la UE.

---

<sup>784</sup> También contemplada en el art.13.3 de la CE

<sup>785</sup> Art. 2 de la Ley de Extradición Pasiva 4/1985 de 21 de marzo

<sup>786</sup> OCDE, *Spain: Follow-Up to the Phase 3 Report & Recommendations*, 9 March 2015, Grupo de Trabajo sobre la Corrupción, Conclusiones, OCDE, 2015; <http://www.oecd.org/corruption/> (30/05/2015)

# CONCLUSIONES

**I.-** La corrupción y su crecimiento conforman el vasto ámbito donde se insertan los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El análisis del aspecto penal y económico de la corrupción explica la necesidad político criminal de castigar las conductas corruptas en aquellas transacciones comerciales internacionales, en las que interviene un agente público. La corrupción se caracteriza y se comprende mejor al contextualizarla dentro de la cultura social, económica y política en la que se desarrolla. En cualquier caso, la corrupción acompaña a los cambios de etapas históricas o ciclos económicos siempre que existen choques entre sentidos culturales más débiles, que pertenecen a los periodos de decadencia del sistema democrático, el cual propugna los valores supremos de la justicia, la igualdad y la libertad. Los desajustes culturales que conducen a la corrupción presentan múltiples oportunidades para que ésta prolifere. Hoy día, la esfera pública y la privada se encuentran íntimamente mezcladas, con límites desdibujados, de forma tal que la confusión existente al tratar el tráfico económico y comercial transnacional desemboca en que determinadas conductas corruptas se amparen en la opacidad para obtener ventajas y ganancias indebidas. Se hacen necesarios, pues, nuevos mecanismos multidisciplinarios a fin de combatir la corrupción transnacional. El Derecho penal debe ser la pieza de cierre de un sistema de armonización para hacer frente a la lucha contra la corrupción transnacional. Los nuevos retos se presentan a través de un amplio espectro de artimañas comisivas y de una nueva criminalidad empresarial, que arraiga en las multinacionales. Las conductas delictivas son cada vez más sofisticadas, y se aprovechan de las lagunas en la cooperación internacional político criminal y en el derecho sustantivo y adjetivo; de esta forma se perpetran los delitos en la clandestinidad y logran la impunidad.



El soborno transnacional es el claro exponente que refleja la degeneración de nuestro sistema democrático globalizado y asentado en el capitalismo económico. La gravedad de los intereses jurídicos que se lesionan con este delito y la coherencia con la asunción de los compromisos internacionales, suscritos por España a través de las ratificaciones de Convenios internacionales, constituyen la razón por la cual este injusto merece haberse introducido en el CP.

El delito analizado es un tipo de soborno, cuyas mutaciones han quedado probadas durante su evolución histórica, desde sus inicios hasta la actual regulación penal sustantiva. El soborno transnacional sobrepasa realmente el contenido del delito analizado, a pesar de que el tipo del art. 286 ter acota al menos una modalidad específica del cohecho internacional, la que ataca el correcto funcionamiento del tráfico comercial internacional en la frontera donde confluyen los sectores público y privado.

La corrupción y la globalización han propiciado que el delito común de cohecho se transforme en una nueva infracción penal especial: el cohecho transnacional con funcionarios públicos extranjeros, aquellos que persiguen obtener un contrato o negocio en el marco económico internacional.

La tipificación de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales adolece de ciertas deficiencias, pero la incorporación y la última reforma legislativa en el CP que afecta al injusto denota un cierto grado de madurez por parte de España en la lucha contra este tipo de corrupción semipública internacional.

## **II.-** La nueva ubicación de estos delitos, que ha tenido lugar mediante la

creación de un nuevo precepto sin precedentes, responde a la correcta delimitación del bien jurídico protegido. Ello no llegó a formalizarse hasta la última y reciente reforma del CP, pues debido al desconocimiento de este tipo de corrupción en el momento de su introducción en el CP, así como la confusión en torno a que interviniese un funcionario público, el paralelismo estructural que mostraba el ilícito con la figura clásica del cohecho y la falta de regulación de la corrupción privada en el CP, por aquel momento, fueron las causas de que el pasado de estos delitos difiera de la actual regulación y ubicación sistemática.

La ubicación actual de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales es apropiada, no obstante en el futuro podrá volver a quedar obsoleta esta reforma penal. El soborno transnacional reúne algunas de las características que podrían poseer otros delitos relacionados con la corrupción, dado que: su bien jurídico protegido es pluriofensivo; su estructura parte del clásico delito de cohecho; y sus elementos típicos se han ido transformando y adaptando en función de la casuística de la criminalidad de la empresa y de la complejidad de los entramados para su ocultación. Como ya se mencionó, la corrupción descompone y desvía distintos valores e intereses jurídicos, y se desarrolla en función de cómo evoluciona la sociedad en un marco socio-político y económico. El concepto de corrupción es siempre el mismo con independencia de la época y de los casos, aunque las formas de su aparición y las lesiones que provoca sean cambiantes. De ahí que cualquier delito de corrupción esté sujeto a las continuas volatilidades y los cambios legislativos, que van sucediéndose con el fin de adaptar la norma penal a los nuevos o distintos ataques a los bienes jurídicos. Tal vez ofrecería más seguridad jurídica y supondría un símbolo de garantía y permanencia el hecho de que existiera un Título en el CP dedicado a la corrupción, dentro del cual se englobarían los distintos tipos de corrupción pública y privada. La delimitación entre corrupción privada y pública no siempre es sencilla, ya que lo público y lo privado en

materia de corrupción se superponen permanentemente. En el caso de los delitos analizados se comercia con un poder en el sector privado, si bien este poder procede del ejercicio de un determinado cargo público dentro del sector público. Por ello, no sería descabellado que todas las conductas corruptas se regulasen de forma correlativa en el CP pues, a la vista de que la lucha contra la corrupción no ha llegado a su fin y los medios para combatirla surgen según las transformaciones de la misma, seguirán existiendo continuas modificaciones legislativas cada vez más sustanciales, siempre que se continúe anclando la ubicación de nuevas conductas a parámetros del pasado, que a veces ya están superados. La solución antes expuesta, aunque resulte la más práctica y simplista de cara a los delitos analizados, no casa bien con la tradición histórica del CP y precisaría de una profunda y compleja reforma penal, ya que supondría el cambio de criterio de la ordenación sistemática del CP, a la vez que podría provocar una desestructuración de otros muchos delitos que están ligados a la corrupción, pero ubicados en los Títulos correspondientes según el bien jurídico que protegen.

**III.-** El bien jurídico protegido de los delitos de corrupción del art. 286 ter es el correcto funcionamiento del tráfico comercial internacional dentro del orden socioeconómico establecido. La protección del correcto funcionamiento del tráfico económico y comercial internacional ha de interpretarse como la protección a una competencia justa y honesta, pero en la vertiente de la función político-social que debe cumplir. De forma colateral y a tenor de si el funcionario público sirve al Estado español o a otro extranjero, se vulnerará también el correcto funcionamiento de la Administración Pública española o el prestigio e imagen del Estado español en las relaciones comerciales internacionales, frente a la Administración Pública extranjera.

Por consiguiente y en relación al bien jurídico protegido en estos delitos, la nueva ubicación en el CP mediante la reforma de la LO 1/2015 resulta la adecuada, encontrándose el art. 286 ter dentro de la sección 4ª de los delitos de la corrupción en los negocios, el capítulo XI sobre los delitos contra el mercado y los consumidores, y el Título XIII sobre los delitos contra el orden socioeconómico. Todas las rúbricas del título, capítulo y sección citados se corresponden con los intereses jurídicos que vulnera el precepto analizado. El antiguo delito del art. 445 dentro del Título XIX de los delitos contra la Administración Pública fue catalogado por la doctrina como crónica de una muerte anunciada, pues cuando se introdujo por primera vez el art. 445 bis en el CP en el año 2000, el Convenio de la OCDE, el Convenio de la UE de 1997 y el Convenio penal del Consejo de Europa de 1999, dejaron entrever que ese tipo de corrupción se encaminaba al correcto funcionamiento del tráfico económico internacional.

**IV.-** El art. 286 ter únicamente contempla la corrupción en su modalidad activa. En coherencia con el análisis efectuado en torno a los clásicos delitos de cohecho, así como en relación a la ubicación del soborno transnacional junto con el delito de corrupción entre particulares en la misma sección, capítulo y título del CP, debería haberse regulado el soborno pasivo transnacional en el art. 286 ter. La corrupción pasiva se castiga para los delitos de cohecho contra la Administración Pública y para los delitos de corrupción entre particulares, aunque en estos últimos ilícitos no intervenga un funcionario público. No se entiende cómo se ha incorporado en el art. 286 ter la figura del funcionario público español y del funcionario público de la UE como sujeto que interactúa en el pacto corrupto, y no se castiga su actuación como sobornador o sobornado. El castigo en España a un funcionario público extranjero sería prácticamente

inviabile, pero no lo sería si el agente público fuese español, o según los casos de la UE. El cohecho clásico, que constituye un precepto más amplio y genérico que los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, sí contempla el castigo de los funcionarios anteriormente citados. Esta laguna de impunidad del funcionario público no tiene razón de ser, pues si por motivos procesales era difícil incriminar al funcionario público extranjero como único posible sujeto sobornable antes de la reforma, no lo es ahora, cuando se ha introducido en el tipo la variante de que el funcionario público también pueda ser español o de la UE, no solo de un país extranjero. Para sancionar la conducta del funcionario público que solicita o recibe el beneficio o ventaja indebidos por su adjudicación o concesión de un contrato o negocio en el tráfico económico internacional, habrá que acudir a los delitos de cohecho pasivo si se trata de un funcionario público español o de la UE al que no le sean aplicables las inmunidades o prerrogativas de otro estado comunitario. Sería recomendable que, en lugar de aplicar esas remisiones tácitas para colmar esta laguna de punibilidad, se hubiera introducido el castigo del funcionario en el propio art. 286 ter.

El Convenio del Consejo de 1999 en Estrasburgo exigía que se tipificasen las modalidades de corrupción activa y pasiva. El Convenio de la UE obligaba también a castigar el cohecho pasivo transnacional, pero solamente respecto a funcionarios comunitarios o de Estados miembros de la UE. La UNCAC, por su parte, también previó el castigo de la corrupción pasiva, pero sin establecer una norma coercitiva que lo hiciese obligatorio.

El Convenio de la OCDE no exigió de manera expresa el cumplimiento del principio de reciprocidad por parte de los Estados para el castigo del funcionario público extranjero. La reciprocidad y el castigo de la corrupción pasiva quedaron relegados al arbitrio de cada parte. El Convenio de la OCDE reguló la proscripción

de la conspiración para delinquir. El delito de cohecho en cualquiera de sus formas siempre precisa la actuación de dos personas: el particular y el funcionario público, por lo que siempre podrá existir una confabulación entre ambos, sin embargo la conspiración para delinquir, respecto de la intervención de un funcionario público extranjero, no está prevista con relación a los delitos analizados. En cualesquiera de los delitos de soborno es inviable el castigo de la conspiración del funcionario con el particular, porque en atención a las pautas doctrinales y jurisprudenciales marcadas, los sobornos deben enjuiciarse como delitos autónomos, teniendo que castigarse de forma separada la modalidad activa y la pasiva. La pauta marcada por el Convenio de la OCDE con relación a la posibilidad de castigar al funcionario público como conspirador no soluciona el problema de la falta de previsión de la corrupción pasiva en el art. 286 ter, y no resulta coherente con los antecedentes legislativos.

**V.-** El art. 286 ter transmite en general una sensación de angustia y falta de claridad; refleja un intento por abarcar en un único precepto nuevas formas de criminalidad de corrupción en los negocios, adaptando el CP a la realidad social, a las pautas marcadas por las revisiones de implementación de los documentos internacionales suscritos por España, y queriendo respetar a la vez, pero en parte, la tradición histórica de la forma típica que posee el delito de cohecho en el CP. La última reforma introduce la posibilidad de que el soborno se efectúe con un funcionario de la UE o con un funcionario español. En el caso de que sea un funcionario de la UE deberá acudir al art. 427 del CP, que contempla el soborno en general con este tipo de autoridades públicas. Tiene sentido que se unifique el soborno de funcionarios públicos extranjeros y el soborno de funcionarios de la UE en un mismo precepto, pero lo que no cuadra es que el tipo del 286 ter sea un delito más específico que el delito de cohecho clásico. El

soborno contemplado en el art. 286 ter tiene lugar con objeto de obtener cualquier ventaja, negocio o contrato en el tráfico económico internacional, mientras que el art. 427 remite a cualquier clase de cohecho. Tales supuestos de cohecho contra la Administración Pública o contra el tráfico económico internacional no están unificados y dan lugar a provocar un concurso de leyes innecesario.

Hubiera sido más recomendable introducir la definición de autoridad o funcionario público de la UE y extranjero en el art. 24 del CP. De tal manera no tendría que recurrirse desde el art. 286 ter, ubicado dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico, al art. 427 del CP, situado dentro del título de los delitos contra la Administración Pública. Esta propuesta de *lege ferenda* contribuiría a facilitar la calificación de los delitos, según los hechos concretos, sus características comisivas y las finalidades perseguidas, en cada compartimento y con independencia de que se tratase de un tipo de funcionario público u otro.

Consecuentemente, en relación al funcionario público español no tiene sentido que éste se haya introducido como posible sujeto sobornable o sobornador, porque su conducta no se castiga explícitamente en dicho precepto, y así el comportamiento corrupto del funcionario público español queda impune según el art. 286 ter, debiéndose recurrir en todo caso al delito de cohecho pasivo para su castigo. Colmar esta laguna punitiva acudiendo a otros delitos desequilibra la reciprocidad del delito analizado. Es cierto que los delitos de cohecho se consideran delitos autónomos, pero también es cierto que los delitos de cohecho se castigan según se trate de un cohecho activo o pasivo, un extremo que no ocurre en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. No se logra comprender por qué se incluye ahora la presencia de un funcionario público español en dichos delitos, cuando la incorporación de este ilícito trajo causa del Convenio de la OCDE, relativo a la corrupción de agentes

públicos extranjeros no nacionales. Durante la vigencia del anterior art. 445 bis y 445 no ha recaído ni una sola sentencia que imponga condenas por la perpetración de este delito, de forma que no hay ninguna razón práctica para ampliar la esfera de los posibles sujetos intervinientes, dado que tampoco ha existido ninguna sentencia notoria que haya castigado como cohecho un delito de corrupción contra el tráfico económico internacional, a través de un soborno con un funcionario español.

En términos generales, se puede afirmar que la definición de funcionario público extranjero en sí misma, al margen de la conveniencia de su ubicación en el art. 427, es más o menos suficiente para la regulación de los tipos penales en los que se aplica, que hoy quedan reducidos solo a los delitos de cohecho y soborno transnacional.

**VI.-** La responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de su condición de posibles sujetos activos en los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, ha adquirido una gran relevancia respecto a su última reforma en el CP, porque el problema actual en la proliferación de la corrupción transnacional reside precisamente en detectar la criminalidad de empresa. La reforma penal es proteccionista para la persona jurídica por cuanto se determinan con exactitud las vías de exención de su responsabilidad penal, sin embargo lo que aquí interesa, a efectos del art. 286 ter y de la corrupción transnacional, es poder implicar, siempre que sea necesario, a los grandes entes empresariales con el fin de combatir este tipo de corrupción, tan incontrolable y difícil de investigar. Mediante la reforma penal se han cambiado los criterios de transferencia para imputar la responsabilidad. Ello afecta a la definición de las personas físicas idóneas para provocar la



contaminación penal de la sociedad, y refuerza la noción del concepto del debido control, cuya infracción constituye uno de los elementos que permiten fundamentar la responsabilidad penal de una persona jurídica. El cumplimiento de los modelos de organización y control podrá generar la exención de responsabilidad criminal de la empresa. Respecto a la anterior regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la LO 5/2010, se han incorporado una serie de previsiones para la delimitación del debido control. No se ha optado por una solución real y efectiva a la delincuencia empresarial, pues debido a la exención de responsabilidad, si se demuestra que por parte de la persona jurídica se han cumplido los modelos de cumplimiento y se ha ejercido el debido control, no se alcanza a levantar el velo societario en entramados empresariales de cierta magnitud, en los que incluso se opera a través de sociedades pantalla o testaferros.

En suma, la disposición de un sistema de *compliance* de una persona jurídica puede convertirse en una forma de eludir la propia responsabilidad con relación a un soborno transnacional. Hasta aquí puede resultar positiva la aplicación de los sistemas de cumplimiento internos para la prevención y detección de los delitos de corrupción, pero el problema estriba en que dicho poder interno de autorregulación y control de las empresas puede manipularse fraudulentamente para eludir la responsabilidad penal de grandes operaciones económicas internacionales, obtenidas a través de sobornos creados, instigados y controlados por la propia persona jurídica, o por los que al menos debería responder la persona jurídica, porque el beneficio o ventaja derivada de tal soborno revierte en toda la empresa.

Los programas de prevención podrían contribuir positivamente a reducir los sobornos transnacionales si el mismo esfuerzo que se muestra en territorio español por limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de

determinadas conductas que provengan de sus empleados, se emplea en controlar y supervisar la aplicación de las *compliance* en las filiales extranjeras. En ocasiones resulta difícil la imputación de responsabilidad a las filiales asentadas en el extranjero, pues cuando conviene, se las desliga a efectos legales de la empresa matriz, y cuando no, se las une a efectos contables y financieros. Sería deseable que se extendieran las obligaciones de diligencia, que actualmente pesan sobre sociedades españolas afincadas en España, sobre las filiales extranjeras, porque una verdadera cooperación entre las empresas que implanten los mismos programas de cumplimiento en el ámbito penal transnacional contribuiría a reducir la corrupción tratada. De esta forma, se ejercería un mayor control sobre determinadas conductas neutrales que puedan conducir a un soborno transnacional, y se lograría una mayor transparencia contable y fiscal. Si estos deberes de organización se extienden a las empresas filiales, la fundamentación de la responsabilidad de empresa madre y sus directivos no será distinta ni más compleja que la responsabilidad de la empresa por actos cometidos por sus propios empleados. Y si todo ello se incardina en un desarrollo de la vertiente contable, se estará propiciando la colaboración con la justicia penal.

Desde la perspectiva de la corrupción transnacional, y en concreto del soborno en el tráfico económico internacional, puede afirmarse que la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas entorpece el enjuiciamiento de los autores de los delitos del art. 286 ter. En el supuesto de que la citada reforma hubiese llevado aparejados otros mecanismos adicionales para paliar los fraudes de ley, que existen en las estructuras empresariales y que comienzan a nivel mercantil, civil y financiero y trascienden el campo del Derecho penal, entonces tal vez podría hablarse de una mejora técnica para combatir la corrupción en la que está implicada la delincuencia empresarial. Dichos fraudes de ley suelen efectuarse a través del complejo funcionamiento de

grupos de empresas, unidos por un mismo *holding*, donde rastrear los fondos o ganancias obtenidas por un contrato adjudicado ilícitamente y gracias a la labor de un funcionario, deviene en un cometido cuasi imposible. De igual manera resultará muy difícil, en estos casos, averiguar qué empleado y qué empresa del grupo sobornó al funcionario, cuando la empresa que figura como beneficiaria del contrato o negocio internacional obtenido es otra distinta de la que corrompió.

Esta propuesta legislativa genérica, que conllevaría la adopción de medidas indagatorias del posible fraude de ley de las personas jurídicas para evitar que evadan injustamente su culpabilidad, excede la investigación penal de los delitos analizados. De ahí que tan solo se valore el impacto, en cierto modo negativo, que ha surtido la nueva regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, en lo referente a poder dilucidar la autoría y participación de las sociedades en el soborno transnacional.

**VII.-** La especialidad de estos delitos reside, entre otros de los extremos apuntados, en la multitud de posibles elementos típicos para su comisión, y en concreto en la figura de la tercera persona interpuesta para cometer el delito. La persona interpuesta a través de la que el sujeto activo corrompe al funcionario público resulta esencial en el comercio internacional a fin de contactar en un lenguaje encriptado de la alta corrupción con el funcionario público extranjero. La casuística enrevesada de este tipo de corrupción impedirá que se catalogue, como regla general, la responsabilidad penal de este intermediario como autor o como partícipe. Las modalidades de comisión y el grado de participación de ese tercero determinarán según los casos el castigo que corresponda.

**VIII.-** La finalidad perseguida o contraprestación realizada o concedida por el funcionario público es otra singularidad de estos delitos. El perímetro de los conceptos que puede englobar la contraprestación del agente público se acota en *conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales*. La citada contraprestación traerá causa de la ventaja o beneficio ofrecido, prometido o entregado por el sujeto activo. La idoneidad sobre la ilicitud de esa ventaja o beneficio se valorará en función a la teoría de la imputación objetiva respecto de la capacidad de esa ventaja o beneficio para corromper al funcionario público en cuestión. Los delitos de corrupción en la transacciones comerciales internacionales pertenecen a la alta corrupción, pues la lesividad al bien jurídico protegido se entabla con el ofrecimiento, entrega o promesa de grandes montos económicos o ventajas magnas, que sean aptas para doblegar la voluntad de un funcionario público con potestad para adjudicar un negocio o contrato, que altere el normal funcionamiento competitivo y leal del mercado económico internacional.

**IX.-** Con relación al *iter críminis* de estos delitos debe criticarse, modestamente, el adelantamiento de la barrera de la línea defensa, por cuanto se castiga la modalidad intentada como la modalidad consumada, *los que corrompan o intenten corromper*. No se logra entender el motivo del anticipo de la barrera punitiva a esta conducta, pues la tentativa en el CP está prevista en la parte general y es aplicable a toda la parte especial del Derecho penal, sin perjuicio de ciertas excepciones. Al tratarse de actos de ejecución intentados, aportaría mayor seguridad jurídica que su castigo fuese inferior al de la conducta consumada, sin embargo el legislador lo ha equiparado al tipo del art. 286 ter. Probablemente se

deba a un cierto celo y pretensión por acotar la corrupción transnacional mediante la imposición de penas muy graves, y de esta forma endurece el legislador la prevención general y especial que con estos delitos quiere reivindicar. No obstante, lo que de verdad se ha logrado es crear una defensa social autoritaria y quebrar el principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del Derecho penal. Asimismo, podría también decirse que se quiebra la garantía constitucional del art. 25.1 de la CE, por cuanto no se castigan verdaderamente las acciones y omisiones, sino las cuasi manifestaciones de voluntad antes de que se conviertan en acciones.

**X.-** Las penas del art. 286 ter tras la reforma actual del CP reflejan un verdadero pronóstico de peligrosidad, que choca con el principio de seguridad jurídica y de legalidad. El incremento de las penas puede justificarse en una reprobación positiva, aludiendo a que de esta manera se combate mejor este tipo de corrupción, y ello en base a que se aumenta el periodo de prescripción y se facilita la persecución de estos delitos. Pero éste no parece ser un criterio convincente a efectos dogmático-penales, porque no se puede instrumentalizar el Derecho penal para mejorar el sistema procesal arcaico, en todo caso es el Derecho adjetivo el que sirve al Derecho sustantivo para materializar el castigo del delito. La introducción en la última reforma legislativa de la cláusula de remisión a otras penas más graves -en el art. 286 ter- contempladas en otros preceptos que pudieran castigar una conducta similar con mayor reproche, es del todo inapropiada y conculca el principio de prohibición de analogía del Derecho penal. Si el tipo no es suficientemente preciso y riguroso deberá modificarse y adaptarse este precepto a la realidad social. Parece que el propio legislador ha asumido, tímidamente, que la redacción es farragosa y por ello lo intenta paliar introduciendo una remisión genérica y analógica a otros tipos más graves, sin

definir ningún delito concreto o la sección, el capítulo o el título al que se remite. Tal falta de claridad en la determinación de las penas que deberían ser únicas para esta conducta especial de soborno transnacional, demuestra que los hechos tipificados se desenvuelven en una delgada línea roja entre las fronteras del sector público y el privado, resultando en ocasiones muy difícil apostar por la lesión a uno solo de ellos, ya que la conducta más parecida que puede suscitar duda sobre el precepto a aplicar es el delito de cohecho. De ahí que, tal vez, este delito estuviera ubicado con anterioridad en el Título relativo a los delitos contra la Administración Pública y ahora se encuentre incluido en el Título de los delitos contra el orden socioeconómico, y sin embargo parece que sin un absoluto convencimiento por parte del legislador sobre su reforma. Al tratarse un delito cuyo bien jurídico protegido es pluriofensivo se hace necesario, aún con más razón, efectuar una concreción de las penas. La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 promulgó que con relación a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se solucionarían las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el CP. No obstante, los problemas de concurrencia con el delito de cohecho siguen sin resolverse del todo, debido a que no se tipifica el soborno pasivo, y a que las conductas paralelas del soborno con un funcionario público de la UE invitan a solucionar el concurso aparente de leyes por medio de la aplicación del principio de especialidad.

**XI.-** Con independencia de todo el análisis dogmático y crítico de este injusto, la tutela penal resultará estéril si no gravita sobre el correcto funcionamiento de un sistema institucional y procesal-judicial.

Uno de los avances más positivos en la mejora de los mecanismos

procesales para la persecución de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, ha sido la reforma del principio de universalidad en la LOPJ, mediante el cual se posibilita el enjuiciamiento extraterritorial por los tribunales españoles de los delitos del art. 286 ter, cuando el delito se hubiera cometido por un sujeto que en el momento de comisión de los hechos tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que: la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España, y que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; que el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o bien que el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

Esta última reforma procesal no cumple del todo con lo que prescribió el Convenio penal del Consejo de Europa. Los Estados parte deberían ejercer jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención de la OCDE, cuando el delito se hubiera cometido total o parcialmente en su territorio; cuando el autor del delito fuese uno de sus nacionales, uno de sus agentes públicos o un miembro de sus asambleas públicas nacionales; o cuando en el delito estuviera implicado uno de sus agentes públicos o un miembro de sus asambleas públicas nacionales o funcionarios de organizaciones internacionales, de asambleas parlamentarias internacionales y jueces y funcionarios de cortes internacionales con nacionalidad española. El principio de territorialidad y de personalidad activa podría envolver los dos primeros supuestos marcados en el Convenio del Consejo penal de Europa, pero la incriminación de las autoridades públicas internacionales enunciadas en el tercer caso expuesto, no resultaría

posible conforme al delito analizado, siendo este punto una materia pendiente de mejora legislativa, junto con la tipificación de la corrupción pasiva para los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.





# BIBLIOGRAFÍA

Las distintas obras de un mismo autor se citan en la bibliografía en letras negrita a fin de su distinción en texto. Los artículos en revistas o libros homenaje se citan con las páginas correspondientes al autor colaborador citado.

ADES, A. y DI TELLA, R., *Rents, Competition and Corruption*, American Economic Review, Vol. 89, nº 4, Pittsburgh, Pennsylvania, 1999 (pp. 982 a 993)

AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Eds. de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1999

ALCÁCER GUIRAO, R., *Tentativa y Formas de Autoría, (sobre el comienzo de la realización típica)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2001

- *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003
- *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Extradición y la Euroorden*, (Texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, Ed. Aranzadi, Madrid, 2015

ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.; JAÉN VALLEJO, M.; MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ PRADO, C.; PERRINO PÉREZ, A., *La reforma del Código Penal. Parte General*, 4 de abril de 2015, Ed. Lefevre- El Derecho (publicación electrónica)

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir); MANJÓN CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

ANDVIG, J. C. and FJELSTADT, O. H.; AMUNDSEN, I.; SOREIDE, T., “**Research on Corruption. A policy oriented survey**”, en *Corruption*, Ed. NORAD Norwegian Agency for Development for Cooperation, Oslo, 2000

- *Corruption. A Review on contemporary research*, Report R 2001: 7, Ed. Chr. Michelsen Institute, Oslo, 2001

ARISTÓTELES, *La Política*, Libro III, Cap. V, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005

ARGANDOÑA, A., *Las Empresas ante la Corrupción*, Papeles de Ética, Economía y Dirección, nº 4, IESE BUSINESS SCHOOL, Universidad de Navarra, 1999 (pp. 1 a 12)

- *Private-to-Private Corruption*, Journal of Business Ethics, Parte II, IESE BUSINESS SCHOOL, Universidad de Navarra, Barcelona, 2003 (pp. 1 a 18)

ARROYO ZAPATERO, L. A. y NIETO MARTÍN, A., *El Derecho penal Económico en la Era Compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

AYALA GÓMEZ, I., *El delito masa*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, Documentación Jurídica del Ministerio de Justicia, Vol. II 7/40, Madrid, 1984

- *Curso de Derecho penal económico*, 2ª edición, Eds. Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005
- *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, 2ª edición, Ed. Ceura, Madrid, 2010

BAJO FERNÁNDEZ, M., “La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal”, en BARBERO SANTOS, M., *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Doctor D. JOSÉ ANTÓN ONECA*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982 (pp. 587 a 615)

BARBERO SANTOS, M., *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Doctor D. JOSÉ ANTÓN ONECA*, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982

BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Ed. Iustel, Madrid, 2012

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J.; *Curso de Derecho penal, Parte General*, Ed. Experiencia, Barcelona, 2004

BIRCH, M. y HAAR, J., *The Impact of Privatization in the Americas*, Ed. North-South Center Press, Miami, 2000

BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal Español: el sistema de la parte especial, delitos contra bienes jurídicos colectivos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005

BOIX REIG, J. y JARREÑO LEAL, A. (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Ed. Iustel, Madrid, 2014

BOTTKE, W., *Criminalidad Económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania*, Revista Penal, nº 4, Ed. Praxis, Barcelona, 1999

BOEHM, F., *Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos*, Revista de Economía Institucional, Vol. 7, nº 13, segundo semestre 2005, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 (pp. 245 a 263)

BRAY, J., "Facing up to demands for 'operational bribes': Legal trends and practical dilemmas", *Anti-Corruption Committee News*, Vol. 5, nº 2, International Bar Association IBA, London, 2013 (pp. 1 a 11)

BUSTOS RAMÍREZ, J. , *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984

- *Manual de Derecho Penal, Parte General*, (4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por HORMÁZABAL MALARÉE, H.), Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Marcial-Pons, Barcelona, 1994

CARPERI, (AAVV), *Derecho penal. Parte general, judicatura*, Madrid, 2006

CASAS BARQUERO, E., "Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular relativos a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas", en BARBERO SANTOS, M., *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Doctor D. JOSÉ ANTÓN ONECA*, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, 1982 (pp. 665 a 671)

CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito masa en el Tribunal Supremo español*, Estudios Penales, *Libro Homenaje al Prof. Doctor D. JOSÉ ANTÓN ONECA*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982

CATALÁN SENDER, J., *Delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Ed. Bayer Hnos., Barcelona, 1999

CEREZO MIR, J.; TORÍO LÓPEZ, A.; AAVV, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Homenaje al Prof. TORÍO LÓPEZ*, Ed. Comares, Granada, 1999

CIURO CALDANI, M. A., *Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración*, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, nº 24, 2000, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de Rosario, República Argentina (pp. 41 a 56)

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Ed. Edersa, Madrid 2000

COBO DEL ROSAL, M. (coord.); CARMONA SALGADO, C.; DEL ROSAL BLASCO, B.; GONZÁLEZ RUS, J. J.; MORILLAS CUEVA, L.; QUINTANAR DÍEZ, M., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2005

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Vol. 1, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S. (codirs.); HORTAL IBARRA, J. C. (coord.), *Constitución y sistema penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012

CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal, reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004

COROMINAS, J., *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, Vol. I (A-C), Ed. Gredos, Madrid, 1954-1957

CUGAT MAURI, M., *El tráfico de influencias, un tipo prescindible*, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Universidad de Granada, nº 16-07, 2014, nº 16-07 (pp. 007:5 y 07:7)

DEMSETZ, H., *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Iniciativas internacionales contra la corrupción, Justicia social y Derechos Humanos en la era de la globalización y la multiculturalidad*, LXVI Curso Internacional de Criminología, Eguzkilore nº 17, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2003 (pp. 5 a 26)

- “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Doctor. D. JOSÉ CEREZO MIR*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002 (pp. 275 a 290)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., *Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales*, Revista de ciencias penales (RCP), Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 4, 2001 y 2002 (pp. 9 a 29)

DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación*, en *Homenaje al Doctor D. MARINO BARBERO SANTOS: in memoriam*, (coordinado por ARROYO ZAPATERO, L. A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001



- *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 17, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2006 (pp. 81 a 152)
- *Derecho penal europeo y legislación española: Las reformas del Código Penal, actualizado a la reforma penal 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista de jurisprudencia, nº 2, 15 de junio de 2015, Ed. El Derecho (publicación electrónica)

DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M. y OLAIZOLA NOGALES, I., *La responsabilidad penal de los funcionarios*, Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo", nº 6, 1996 (pp. 39 a 52)

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 445 del Código Penal) (1)*, La Ley, año XXVIII, nº 6740, 21 de Junio de 2007 (pp. 199 a 223)

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Prof. Doctor D. JOSÉ CEREZO MIR, Ed. Tecnos, Madrid, 2002

- *Derecho penal Español. Parte General. En esquemas*, 3.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

DÖLLING, D., Empfehlen sich Änderungen des Straf-und Strafprozessrechts, um der Gefahr der Korruption im Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag, Band I (Gutachten), Teil C, Ed. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996

DOPICO GÓMEZ ALLER, J., Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013. Trabajo incluido en el Informe de la Sección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Madrid, sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y la Ley del Poder Judicial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

D'ORS Y PÉREZ PEIX, A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, 4ª edición, Ed. Eunsa, Pamplona, 2010

DURANT, W., *Our Oriental Heritage, The Story of Civilization*, Vol I, Ed. Simon & Schuster, New York, 2011

FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., *Diccionario jurídico*, 6ª edición (de la A a la Z), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012

FERRÉ MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011

FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLO, E., *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Huelva, Huelva, 1999 (pp. 199 a 238)

GARCÍA ARÁN, M. (dir.); REBOLLO VARGAS, R.; CUGAT MAURI, M.; BAUCCELLS I LLADÓS, J.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.; MORÓN LERMA, E.; CUENCA GARCÍA, M. J.; GUARDIOLA LAGO, M. J.; CASAS HERVILLA, J., *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

GARCÍA ARÁN, M., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho judicial, nº 61, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), 2004

- *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990

GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal, Volumen I*, 5ª edición, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012

- *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal, Volumen II*, 5ª edición, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012

- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Ed. Colex, Madrid, 2007

GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada*, (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007), Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC), 09-13, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2007 (pp. 1 a 35)

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en el Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense (UCM), Madrid, 1966

GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 1ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2001

*Goltdamer's Archiv für Strafrecht*, begründet 1853, herausgegeben von WOLTER, J.; PÖTZ, P. G.; KÜPER, W.; HETTINGER, M.; Ed. R.v. Decker, München, 2005

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo-Buenos Aires, 2010

GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.); CORTÉS BECHIARELLI, E.; NIETO MARTÍN, A.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.; PÉREZ CEPEDA, A. M., *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial* (adaptado al EES), Ed. Tecnos, Madrid, 2010

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003

GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas al alcance del art. 129 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

HEFENDEHL, R., *¿Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y bienes de peligro abstracto*, traducción de SALAZAR ORDUÑO, E., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, nº 4-14, 2002 (pp. 1 a 13)

- *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, edición española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, R.; MARTÍN LORENZO, M.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007

HEIMANN, F. y HIRSCH, M., *Cómo se combate la extorsión y el cohecho desde el frente de la empresa internacional; los esfuerzos contra la corrupción de la Cámara Internacional de Comercio*, en OCDE, *Las reglas del juego cambiaron; la lucha contra el soborno y la corrupción*, Ed. OCDE, México, 2000

HEINE, G. und ROSE, T., *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau; y también en Ed. Iuscrim., n° 953, Cámara de Comercio Internacional ICC, 2003

HERZOG, F., *Límites al control general de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)*, Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADCP) 46, n° 1, 1993 (pp. 317 a 328)

HORTAL IBARRA, J. C. y VALIENTE IBÁÑEZ, V. (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance, programas de prevención, detección y reacción penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2014

IGLESIAS RÍO, M. A. y MEDINA ARNÁIZ, T., *"Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de Unión Europea"*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, AAVV, edición 2004, T. II, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2004 (pp. 905 a 936)

JESCHEK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción 3ª edición, Tomo II, ediciones MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., Ed. Bosch, Barcelona, 1981

JESCHECK, H. y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*, 5ª edición, Ed. Dunker & Humblot, Berlin, 1996

JOHNSTON, M., *Party System, Competition and Political Checks against Corruption. Political Corruption. Concepts & Contexts*, third edition, New Brunswick, London, Transaction Publishers, London, 2002 (pp. 777 a 794)

KINDHÄUSER, U., *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán*, en *Política Criminal*, n° 3, Revista electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, n° 3, 2007, Universidad Talca, Chile (pp. 1 a 18)

KRAMER, C., (RA und wissenschaftlicher Mitarbeiter von Dr. JOHANNES KASPER, München), "Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, begründet 1853, herausgegeben von WOLTER, J.; PÖTZ, P. G.; KÜPER, W.; HETTINGER, M., R.v. Decker, München, 2005

LA BIBLIA, *Deuteronomio (10:17, 16:19)*, Ed. Desclée de Brouwer S.A., Bilbao, 1976

LAMARCA PÉREZ, C. (coord.); ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E.; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2005

LAMBSDORFF, J. Graf, *The Institutional Economics of Corruption and Reform. Theory, Evidence and Policy*, Ed. University Cambridge Press, 2008 (pp. 4 a 15)

LANDECHO VELASCO S.J., C., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español, parte general, redactado conforme a la LO 5/2010*, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2010

LANDROVE DÍAZ, G., *La represión de la delincuencia económica*, en *Jueces para la Democracia*, nº 31, Madrid, 1998 (pp. 31 a 45)

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.; RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles: Recopilación y concordancias*, Ed. Akal, Madrid, 1988

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P. M., *Historia de Roma*, Ed. Akal, S.A., Madrid, 2004

LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2004

- *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 16ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2005

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

MANFRONI, C., *Soborno transnacional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998

MANFRONI, C. A. y WERKSMAN, R., *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997



MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La reforma del Código penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo*, Ed. La Ley, Madrid, 2015

MAQUIAVELO, N. y ARACÓN MARTÍNEZ, A., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Ed. Alianza, Madrid, 1987

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XX (1997), Cursos e Congresos nº 104, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2012 (pp. 226 a 285)

- *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte General*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Desistimiento en Derecho Penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; MARTÍN LORENZO, M.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., *Derecho Penal, Introducción teoría jurídica del delito, Materiales para su docencia y arbitraje*, edición digital, UCM, Madrid, 2012

MARTOS NUÑEZ, J. A., *Derecho penal económico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987

MEMENTO PENAL, Ed. Lefevre El Derecho, edición 2016

MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001

MINA, G. y P. GIBBONS, P., *Trade and Competition, International Trade Research Paper Series*, Australian Government Publishing Service, 1995

MIR PUIG, S., *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, Estudios penales y criminológicos, XVI, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1991 (pp. 203 a 216)

- *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000
- *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2001
- *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 30, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), 1996 (pp. 305 a 336)
- *Derecho penal, Parte General*, 9ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011

MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.); GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007

MIR PUIG, C., *El delito de cohecho en la reforma del CP*, Diario La Ley, nº 7603, Sección Doctrina, 4 de abril de 2011, Año XXXII, Ref. D-148, Ed. La Ley

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado “Delito de propia mano”, (Respuesta a una situación jurisprudencial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004

MORILLAS CUEVA, L. (coord.); DEL ROSAL BLASCO, B., GONZÁLEZ RUS, J. J.; PERIS RIERA, J.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.; OLMEDO CARDENETE, M.; BENÍTEZ ORTUZAR, I., *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011

MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y AAVV, *Estudios sobre el Código penal reformado LO 1/2015*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015

MÜLLER, C., *Die Bestechung gemäss §4 lit.b UWG*, Difo Druck GmbH, Bamberg, 1997

MUNA, A., “The African Union Convention against Corruption, Global,” en *Corruption Report*, Transparency International, Ed. Pluto Books, London, 2004

MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Revista Jurídica de Cataluña, Vol. 81, nº 1, 1982 (pp. 143 a 174)

- *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, Revista Penal, nº 1, Universidad de Huelva, 1998

- *Derecho penal, Parte especial, 13ª edición*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?*, Revista Penal, nº 9, 2002, Ed. La Ley, Madrid, 2002 (pp. 59 a 98)
- *Derecho penal, Parte especial, 20ª edición* completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 2011

NAVARRO MASSIP, J., *El delito de corrupción entre particulares*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 8, 2011 (pp. 41 a 54)

NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997

NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado: reflexiones sobre el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado*, Revista penal, nº 10,

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002 (pp. 55 a 69)

- **La corrupción en el comercio internacional** (o de cómo la americanización del Derecho Penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo), Revista Penal, nº 12, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, Julio 2003, (pp. 3 a 26)
- *La corrupción en las transacciones internacionales*, Estudios de Derecho penal, Trabajos preparatorios al XVII Congreso Internacional de la AID, Instituto de Derecho penal europeo e internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005 (pp. 45 a 142)

NIETO MARTÍN, A. y PALOMO DEL ARCO, A. (dir.), *Ciudadanía europea y Derecho Penal*, Manuales de Formación Continuada (*El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000*), nº 5, CGPJ Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 1999 (pp. 271 a 300)

NINO, C., *Un país al margen de la ley*, 1ª edición, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2005

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), 1980

- **“Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho), en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos,”** en CEREZO MIR, J.; TORÍO LÓPEZ, A.; VVAA, *El nuevo Código*

*Penal: presupuestos y fundamentos, Homenaje al Prof. TORIO LÓPEZ*, Ed. Comares, Granada, 1999 (pp. 861 a 878)

- *¿Responsabilidad penal para los entes sociales?*, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario (ADCP), Tomo 62, 2009 (pp. 93 a 155)

OLAIZOLA NOGALES, I., *Delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 1994

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

ORTS BERENGUER, E. (dir.) y AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

OTERO GONZÁLEZ, P., *Corrupción entre particulares (Delito de)*, Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, nº 3, Septiembre 2012, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2014 (pp. 174 a 183)

PALOMO DEL ARCO, A. y ROMÁN PUERTA, L. (dir.), *La adaptación extraterritorial de la ley penal española*, en *Fenómenos delictivos complejos*, CDJ (IX), CGPJ, Madrid, 1999

PÉREZ ALONSO, E., *Error sobre las circunstancias del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

PÉREZ CEPEDA, A. I., *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*, "Revista penal", nº 9, 2002, Ed. La Ley, Madrid, 2002

PÉREZ MANZANO, M., *"Conductas neutrales y blanqueo de capitales"*, Ponencia de 13 de marzo de 2015, en las III Jornadas de Derecho Penal Económico, *Instrumentos penales y procesales en la persecución de los delitos económicos*, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

PIRENNE, J., *Historia Universal*, Vol. I, Ed. Éxito, S.A., Barcelona, 1959

POLAINO NAVARRETE, M. (dir.); MARTOS NÚÑEZ, J. A.; HERRERA MORENO, M.; BLANCO LOZANO, C.; MONGE FERNÁNDEZ, A.; AGUADO CORREA, T.; REQUEJO CONDE, C.; RANDO CASERMEIRO, P.; POLAINO-ORTS, M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 2011

POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico protegido en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, nº 19, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974 (pp. 31 y ss.)

QUERALT JIMÉNEZ, J., *Reflexiones Marginales sobre la Corrupción*, Revista Crítica Penal y Poder, nº 2, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2012 (pp. 18 a 35)

QUINTANAR DÍEZ, M. (dir) y ORTIZ NAVARRO, J. F., *Elementos de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, (2ª edición renovada y puesta al día con textos jurisprudenciales y bibliográficos por GIMBERNAT ORDEIG, E.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966

QUINTERO OLIVARES, G., *La responsabilidad penal de los Partidos como personas jurídicas*, Actualidad Jurídica Aranzadi, versión electrónica, nº 859, 2013, (p. 8)

- *La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.); VILLACAMPA ESTIARTE, C.; VALLE MUÑIZ, J. M.; QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M.; TAMARIT SUMALLA, J. M.; GARCÍA ALBERO, R.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 5ª edición, Ed. Aranzadi, Elcano, 2005

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Parte General del Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Elcano, 2005

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y AAVV, *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010

QUINTERO OLIVARES, G., (dir.) y AAVV, *Comentario a la Reforma de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015



REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Ed. Espasa, Madrid, 2001

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La cooperación internacional en la lucha contra la corrupción: perspectivas de futuro*, Revista uruguaya de Derecho procesal, nº 2, 2001 (pp. 125 a 148)

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y AAVV, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997

- *Derecho Penal. Parte General.*, Ed. Civitas, Madrid, 1978

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ponencia en las III Jornadas de Derecho penal Económico, instrumentos penales y procesales en la persecución de los delitos económicos, marzo 2015, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999

- *La responsabilidad del particular en el delito de cohecho*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 1, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1999, (pp. 183 a 210),

ROSE ACKERMANN, S., *Corruption: A study in Political Economy*, Academic Press, University of Yale, New York, 1978

- *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999 (pp. 27 a 38)

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 2006

- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Auflage, Ed. De Gruyter, Berlin, 2006
- *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal* (traducción CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 1998

ROXIN, C. y VÁSQUEZ, M., *La teoría del delito en la discusión actual*, Ed. Grijley, Lima, 2007

SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal de España*, Publicaciones de la Universidad de Jaén, 2004

SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., *España: un enigma histórico*, Vol.II, Ed. Edhasa, Argentina, 1991

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, J., *Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia*, ADPCP, Vol. LI, Tomo 51, Mes 1-3, 1998 (pp. 319 a 364)

- *Blanqueo de capitales y abogacía*, (Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva), INDRET, Revista para el análisis del Derecho, 1/2008, Barcelona (pp. 1 a 40)
- *En los límites de la inducción*, INDRET, Revista para el análisis del Derecho, 2/2012, Barcelona (pp. 1 a 42)

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo I*, 2ª edición, Ed. Iustel, Madrid, 2009

SAVAS, E. S., *Privatization and Public-Private Partnerships*, Ed. Seven Bridges Press, New York, 2000

SCHLEIFER, A. y VISHNY, A. W., "Corruption", en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 108, nº 3, Oxford University Press, 1993 (pp. 599 a 617)

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2011

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y PASTOR MUÑOZ, N. (coord.), *El nuevo Código Penal, comentarios a la reforma*, 1ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2012

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance, prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013

SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho penal*, Revista de Estudios de la Justicia, nº 12, 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (pp. 231 a 262)

StGB, (Strafgesetzbuch), 37. Auflage, Beck-Texte im dtv; (*Einführung vom Prof. Dr. HANS HEINRICH JESCHECK*), BRAK Stellungnahme 2/2007, München, 2007

STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, Ed. Taurus, Bogotá, 2002

- *Globalization and its Discontents*, Ed. W.W. Norton & Company, New York, 2002

TEUBNER, G., *Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit and sozialer Solidarität*, Ed. Kübler, Baden-Baden, 1984

TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal Económico, Parte General y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

- *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1993

VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XVIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1994

- *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Eds. de Derecho Reunidas Edersa, Madrid, 1996

VÁZQUEZ PORTOMEIÑE SEIJAS, F., *Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado cohecho de facilitación (Art. 422 CP)*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2011 (pp. 151 a 180)

VERGER, A., *El sutil poder de las transnacionales; lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas en un mundo globalizado*, Vol. 2, Ed. Icaria, Barcelona, 2003

VIVES ANTÓN, T., *La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. IX, Servicio de Publicaciones e Intercambio, Universidad Santiago de Compostela, 1983

- *Detenciones ilegales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003

VOLK, K., *Empfehlen sich gesetzliche Änderungen des Straf-und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption im Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages, Band II/1, Teil L, Sitzungsberichte- Referate und Beschlüsse*, Ed. Bek'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996

WAGNER, H., *Amtsverbrechen*, Ed. Dunker & Humblot Verlag, Berlin, 1975

WEBB, P., *The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity?*, *Journal of International Economic Law*, nº 8 (1), Ed. Oxford University Press, 2005

WILLIAMSON, O., *Las instituciones económicas del capitalismo*, Ed. FCE Fondo de Cultura Económico, México, 1989

ZAFFARONI, E. R., *La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal*, *Direito e Cidadania*, Ano III, nº 8, Praia-Cabo Verde, 1999-2000, (pp. 71 a 96)

ZOCO ZABALA, C., *Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3 CE*, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2010 (pp. 1 a 17)

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M. J. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, (parte general)*, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal

aprobada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

# ANEXO I

## TEXTOS LEGISLATIVOS

### A) NORMATIVA INTERNACIONAL

#### 1.- Convenciones internacionales:

- Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), aprobada por la Organización de los Estados Americanos, aprobado por la Organización de los Estados Americanos, 29 de marzo de 1996
- Convención OCDE para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, 17 de diciembre de 1997
- Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Asamblea General de las ONU, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 31 de octubre de 2003
- Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003



2.- Resoluciones de la Asamblea General de la ONU:

- Resolución A/RES/53/153/176 de 25 enero de 1999, aprobada por la Asamblea General de la ONU sobre Medidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales
- Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000
- Resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos, julio de 2001 de la ONU
- Resolución 55/188 de la Asamblea General de la ONU, Prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen, diciembre de 2000
- Resolución 55/25 de la Asamblea General de la ONU, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, noviembre de 2000
- Resolución 55/61 de la Asamblea General de la ONU. Un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, diciembre de 2000
- Resolución 56/186 de la Asamblea General de la ONU. Prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen, diciembre de 2001
- Resolución 57/169 de la Asamblea General de la ONU. Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, diciembre de 2002

- Resolución 57/244 de la Asamblea General de la ONU. Prevención de las prácticas corruptas y la transferencia de fondos de origen ilícito y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen, diciembre de 2002
- Resolución 58/4, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Asamblea General de la ONU, octubre de 2003

### 3.- Códigos y normas internacionales de buenas prácticas:

- Código sobre buenas prácticas de transparencia fiscal, FMI, 1998, revisado en 2001 y 2007
- Reglas de Conducta de la CCI para combatir la extorsión y el cohecho, Comité Ejecutivo de la CCI el 26 de marzo de 1996, revisadas en 2011
- Código de Buenas Prácticas de Transparencia en las Políticas Monetarias y Financieras: Declaración de Principios; Comité Provisional del Fondo Monetario Internacional (FMI), del 26 de septiembre de 1999

### 4.- Leyes extranjeras:

- Codice Penale, Roma 2006
- Código Penal Alemán, StGB de 1998 y sucesivas Reformas; propuesta del Ministerio de Justicia para luchar contra la Corrupción, Febrero 2007
- Código Penal francés de 1994
- Código Penal portugués, aprobado por Decreto Ley 400/1982
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

- Ley RICO, Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, relacionada con el control del crimen organizado en los EEUU de América, aprobada en 1970
- Ley estadounidense Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de prácticas corruptas en el extranjero de 1977, con modificaciones de 1988 y 1998
- Bundesgesetzblatt Nr. 2327, de 15 de febrero de 1999, que traspone el convenio de la OCDE
- Ley francesa 595/2000 de 31 julio, que traspone el convenio de la OCDE
- Ley italiana 231/01 de 13 febrero de 2001, que traspone el convenio de la OCDE

## B) NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1.- Tratados:

- Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad de la Energía Atómica, 25 de marzo de 1957
- Tratado de la Unión Europea TUE, 7 de febrero de 1992, Maastricht
- Tratado de Amsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE), los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y Actos Conexos, Luxemburgo, 2 de octubre de 1997
- Tratado de Lisboa, 17 de diciembre de 2007
- Tratado del Funcionamiento de la UE, Reglamento nº 267/2010 de la Comisión, marzo de 2010

2.- Convenios:

- Convenio de la UE relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, 26 de julio de 1995
- Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la UE, aprobado por el Consejo de la UE el 26 de mayo de 1997
- Convenio de Derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999
- Convenio de Derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999
- Convenio del Consejo de la Comunidad Europea UE relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, el 29 de mayo de 2000; de 12 julio de 2000.
- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio nº 196 del Consejo de Europa), Varsovia el 16 de mayo de 2005
- Instrumento de ratificación adicional del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, Consejo de Europa, nº 173, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003

### 3.- Reglamentos:

- Reglamento (UE) nº 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3. Tratado de Roma 1957

### 4.- Directivas:

- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE
- Directiva europea 2014/42/UE de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE

### 5.- Decisiones:

- Decisión 1999/352/EC de la Comisión Europea, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina de Lucha Anti-Fraude (OLAF)
- Decisión 2003/642/JAI del Consejo de la UE, de 22 de julio de 2003, sobre la aplicación a Gibraltar del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades o de los Estados miembros de la UE
- Decisión del Consejo nº 2002/187/ JAI de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia

- Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo Europeo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; Diario Oficial L182, de 5 de julio de 2001
- Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, Consejo de la UE, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los Estados miembros (orden de detención europea donde no se pide la verificación previa de la doble tipicidad)
- Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la UE de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado
- Decisión Marco 2005/512/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito
- Decisión 2007/845/JAI del Consejo de la UE, DOUE 18 de diciembre de 2007, sobre cooperación de los organismos en recuperación de activos de los Estados miembro en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito de otros bienes relacionados con el delito
- Decisión del Consejo Europeo 845/2007, sobre recuperación de los activos de los Estados Miembro en el ámbito de seguimiento de productos de delito
- Decisión del Consejo 2008/201/CE, de 25 de septiembre de 2008
- Decisión de la Comisión Europea C286/03, de 28 de septiembre de 2011, por la que se crea el Grupo de Expertos en Corrupción

- Decisión de la Comisión, de 28 de septiembre de 2011, por la que se crea el Grupo de expertos en corrupción.

#### 6.- Protocolos:

- Protocolo de 27 de septiembre de 1996, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE
- Protocolo del TJCE, 29 de noviembre de 1996, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE
- Protocolo de 19 de junio de 1997, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE

#### 7.- Actos del Consejo de Europa:

- Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la UE, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE
- Acto del Consejo de Europa, del 26 de mayo de 1997, por el que se aprobó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE; adoptado en aplicación del Título VI del Tratado de la UE 97/C 195/01; se estableció sobre la base de la letra c) del

apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la UE, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE

- Acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996, por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

#### 8.- Códigos de Conducta:

- Código de Conducta para todos los Funcionarios y Servidores Públicos (excepto cargos políticos y judiciales), según Recomendación R(2000)10, del Consejo de Europa, aprobada por el Comité de Ministros de los Estados Miembro, de 11 de mayo de 2000

#### 9.- Comunicaciones:

- Comunicación de la Comisión Europea de 28 de mayo 2003
- Comunicación de la Comisión, Bruselas, 3 de febrero 2014

### C) NORMATIVA NACIONAL

#### 1.- Constituciones:

- CE española de 6 de diciembre de 1978



## 2.- Códigos Penales:

- CP español de 1822
- CP de 1848
- CP español de 1850
- CP español 1870
- CP español de 1928
- CP español de 1932
- CP español de 1944
- CP español de 1973; Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el CP, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre
- CP español de 1995; LO 10/1995 de 23 de noviembre

## 3.- Leyes Orgánicas:

- LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial
- LO 9/1991 de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del CP y se introduce un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias
- LO 19/1994 de 23 diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales

- LO 3/2000 de 11 de enero de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales
- LO 7/2000 de 22 de diciembre de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP, y de la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo
- LO 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP
- LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP
- LO 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social
- LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal
- LO 1/2015 por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP (BOE nº 77 de 31 de marzo de 2015)
- LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, en materia de delitos de terrorismo

#### 4.- Leyes Ordinarias:

- Ley 50/1981 de 30 de diciembre, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
- Ley 4/1985 de 21 de marzo, de Extradición Pasiva

- Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Ley 3/2003 de 14 de marzo, reguladora de la Orden europea de detención y entrega
- Ley 17/2003 de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados
- Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
- Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
- Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación de terrorismo
- Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
- Ley 15/2014 de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa
- Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE
- Ley 16/2015 de 7 de julio por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust

5.- Reales Decretos:

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la LECRIM
- CC español, Real Decreto de 24 de julio de 1889
- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

6.- Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial:

- Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales

7.- Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda:

- Orden EHA/1037/2010 de 13 de abril, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública

8.- Proyectos o Propositiones de Leyes Orgánicas:

- Proyecto de LO 121/000065 por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, (BOCE núm. 66, de 4 de octubre de 2013)
- Proposición de LO 122/000090, para la lucha contra la corrupción en el Congreso de los Diputados (BOCE nº 108 de 8 de febrero de 2013)

## D) JURISPRUDENCIA

### 1.- Tribunal Constitucional

- STC 62/1982 (Sala 1ª) de 15 de octubre, RTC 1982/62; Boletín Oficial del Estado: 19821117 nº 276
- STC 66/1985 (Pleno) de 23 de mayo de 1985, RTC 1985/66; BOE nº 134 de 5 junio de 1985
- STC 160/1987 (Pleno) de 27 de octubre de 1987, RTC 1987/160; BOE nº 271 de 12 de noviembre de 1987
- STC 19/1988, (Sala 1ª) de 27 de enero de 1988, RTC 1988/19; BOE nº 52 de 1 de marzo de 1988
- STC 85/1992, (Sala 2ª) de 8 de junio de 1992, RTC 1992/85; BOE nº 157 de 1 de julio de 1992
- STC 111/1993 (Pleno) de 28 de marzo, RTC 1993/111; BOE nº 100 de 27 de abril de 1993
- STC 50/1995 (Sala 1ª) de 23 de febrero de 1995, RTC 1995/50; BOE nº 77 de 31 de marzo de 1995
- STC 173/1995 (Sala 1ª) de 21 de noviembre de 1995, RTC 1995\173; BOE nº 310 de 28 de diciembre de 1995
- STC 55/1996 (Pleno) de 28 de marzo de 1996, RTC 1996/55; BOE nº 102 de 27 de abril de 1996

## 2.- Tribunal Supremo

- STS 255/1989 ( Sala 3ª ) de 28 febrero 1989, ROJ 1458/1989
- STS 2976/1992 (Sala 2ª) de 3 diciembre, ROJ 1993/9383
- STS 2607/1993 (Sala 2ª) de 22 noviembre, ROJ 1993/8707
- STS 485/1994 (Sala 2ª) de 2 de febrero 1994, ROJ 485/1994
- STS 512/1994 (Sala 2ª) de 9 marzo, ROJ 1994/1832
- STS 883/1994 (Sala 2ª) de 11 mayo, ROJ 1994/3687
- STS 1734/1994 (Sala 2ª) de 8 octubre, ROJ 1994/7877
- STS 1826/1994 (Sala 2ª) de 18 octubre, ROJ 1994/8026
- STS 20 octubre 1997 (Sala 3ª), ROJ 6197/1997
- STS 1388/1997 (Sala 2ª) de 10 noviembre, ROJ 6692/1997
- STS 12 diciembre 2000 (Sala 3ª), ROJ 9097/2000
- STS 2025/2001 (Sala 2ª) de 29 de octubre, ROJ 8381/2001
- STS 2052/2001(Sala 2ª) de 7 de noviembre, ROJ 8687/2001
- STS 37/2003 (Sala 2ª) de 22 de enero, ROJ 2003/1067
- STS 887/2004 (Sala 2ª) de 6 de julio, ROJ 4801/2004
- STS 663/2005 (Sala 2ª) de 23 de mayo, ROJ 2005/7339
- STS 77/2007 (Sala 2ª) de 29 de octubre, ROJ 2007/1921
- STS 1122/2007 (Sala 2ª) de 10 de diciembre, ROJ 2007/9120

- STS 954/2010 (Sala 2ª) de 3 de noviembre, ROJ 6020/2010
- STS 186/2012 (Sala 2ª) de 14 de marzo, ROJ 1612/2012
- STS 212/2013 (Sala 2ª) de 5 abril, ROJ 2013/4937
- STS 323/2013 (Sala 2ª) de 23 abril, ROJ 2013/6698
- STS 14/2015 (Sala 2ª) de 26 de enero 2015, ROJ 1538/2014

### 3.- Audiencia Provincial

- SAP Baleares, 41/1997, Sección 2ª, 5 de marzo, RJ 1997/274

## ANEXO II

# RECURSOS ELECTRÓNICOS

### A) Internacionales

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

- *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions;*  
<http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>
- *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados;*  
[http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf)
- *OECD seriously concerned by absence of foreign bribery convictions in Spain;*  
<http://www.oecd.org/daf/antibribery/oecdseriouslyconcernedbyabsenceofforeignbriberyconvictionsinspain.htm>
- *Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions (Adopted by the Council at its 901<sup>st</sup> session on 23 May 1997 [C/M(97)12/PROV]);* <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C%2897%29123/FINAL&docLanguage=En>



- *Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE , Fase 1, Revisión de la Implementación del Acuerdo y la Recomendación de la OCDE de 1997, Marzo 2000:*  
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2389614.pdf>
- *Spain: Phase 2 report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions;*  
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/36392481.pdf>
- *Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE, Fase 2, Recomendaciones sobre la aplicación del Acuerdo de la OCDE 1997 para luchar contra la corrupción de los funcionarios públicos en las transacciones comerciales internacionales, Marzo 2006;* <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/36392481.pdf>
- *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales Revisión 2011;*  
<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>,
- <http://www.oecd.org/corruption/spainshouldintroducefullcorporateliabilityandfinestobettercombatbriberyofforeignpublicofficialssaysoecd.htm>
- *Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Spain, December 2012;* <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/SpainPhase3ReportEn.pdf>
- *Informe Fase 3, “Informe sobre la Implementación en España del Acuerdo OCDE para luchar contra la corrupción”, Diciembre 2012;*  
<HTTP://WWW.OECD.ORG/DAF/ANTI-BRIBERY/SPAINPHASE3REPORTEN.PDF>

- *OCDE working group on bribery - annual report 2013*; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2012.pdf>
- <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf>  
(diciembre 2014)
- *Spain: follow-up to the phase 3 report & recommendations march 2015*; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spain-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-EN.pdf>
- *Declaración del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la Corrupción: España debe modificar su Código Penal y hacer cumplir la ley sobre los delitos de cohecho internacional*; <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/espana-debe-modificar-su-codigo-penal-y-hacer-cumplir-los-delitos-de-cohecho-internacional.htm>

#### EUR-LEX

<HTTP://EUR-LEX.EUROPA.EU/HOMEPAGE.HTML>

- *Lucha contra la corrupción*; <HTTP://EUR-LEX.EUROPA.EU/LEGAL-CONTENT/ES/TXT/?URI=URISERV:LF0004>
- [http://europa.eu/abouteu/agencies/regulatory\\_agencies\\_bodies/pol\\_agencies/eurojust/index\\_es.htm](http://europa.eu/abouteu/agencies/regulatory_agencies_bodies/pol_agencies/eurojust/index_es.htm)

#### OFFICIAL WEBSITE OF THE EUROPEAN UNION

<http://europa.eu>

- *La Comisión presenta un primer Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*; [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-86\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-86_es.htm)

#### UNCAC, United Nations Convention against Corruption

<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

- *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*; [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163\\_S.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf) (5/6/2015)
- *United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 1 April 2015*; <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (27/08/2014)

#### United Nations Global Compact

[www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org)

#### The United States Department of Justice

<http://www.justice.gov/>

- *Foreign Corrupt Practices Act*; <http://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>
- <http://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery>
- *United Nations Office on Drugs and Crime*; <http://www.unodc.org>

ITA (International Trade Administration, Department of Commerce, United States of America)

[HTTP://WWW.ITA.DOC.GOV/](http://www.ita.doc.gov/)

- *Información Básica sobre la Ley de los Estados Unidos de Prácticas Corruptas en el Extranjero;*

[http://www.ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/Bus\\_Ethics\\_sp/apendices/apendices\\_f\\_informacion.pdf](http://www.ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/Bus_Ethics_sp/apendices/apendices_f_informacion.pdf)

Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos

[HTTP://WWW.OAS.ORG/](http://www.oas.org/)

- *CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN;*

[HTTP://WWW.OAS.ORG/JURIDICO/SPANISH/FIRMAS/B-58.HTML](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/B-58.html)

Unidad de Políticas de Transparencia y Cooperación Internacional, Secretaría de la función pública, Estados Unidos Mexicanos

[HTTP://WWW.PROGRAMAANTICORRUPCION.GOB.MX](http://www.programaanticorrupcion.gob.mx)

- *CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (ONU);*  
<http://www.programaanticorrupcion.gob.mx/index.php/internacionales/convenciones/convencion-de-las-naciones-unidas-contrala-corrupcion-onu.html>

TRANSPARENCY INTERNATIONAL

[HTTP://WWW.TRANSPARENCY.ORG/](http://WWW.TRANSPARENCY.ORG/)

- *Corruption by Country / Territory*; <http://www.transparency.org/country>

WORLD BANK

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/EXTWBIGOVANTCOR/0,,contentMDK:20711393~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:1740530,00.html#wbes>

LE SERVICE PUBLIC DE LA DIFFUSION DU DROIT

<HTTP://LEGIFRANCE.GOUV.FR/>

- CODE PÉNAL (VERSION CONSOLIDÉE AU 27 JUILLET 2015);  
<HTTP://WWW.LEGIFRANCE.GOUV.FR/AFFICHCODE.DO?CIDTEXTE=LEGITEXT000006070719>

Polizia Penitenziaria - Comparto Ministeri

<HTTP://WWW.POLPENUIL.IT/>

- CODICE PENALE (AGGIORNATO AL 01/04/2015); [HTTP://WWW.POLPENUIL.IT/ATTACHMENTS/047\\_CODICEPENALE.PDF](HTTP://WWW.POLPENUIL.IT/ATTACHMENTS/047_CODICEPENALE.PDF)

Diario da República Electrónico

<https://dre.pt/>

- DECRETO-LEI Nº 400/82, DE 23 DE SETEMBRO, ÚLTIMA ALTERAÇÃO LEI Nº 59/2007;

<HTTPS://DRE.PT/APPLICATION/DIR/PDF1SDIP/2007/09/17000/0618106258.PDF>

MAX-PLANCK-INSTITUT für ausländisches und internationales Strafrecht

<HTTP://WWW.MPICC.DE>

- [https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/fapprivate\\_bribery.pdf](https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/fapprivate_bribery.pdf)

Facultad de Derecho, Universidad de Chile; SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho penal*, Revista de Estudios de la Justicia, nº 12, 2010;

[http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/SOTOMAYOR%209\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/SOTOMAYOR%209_.pdf)

Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca; KINDHÄUSER, U., *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán*;

[http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/a\\_1\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_1_3.pdf)

SÜDDEUTSCHE ZEITUNG

<http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/korruptions-verdacht-siemens-soll-menem-bestochen-haben-1.582405>

Programa para el cumplimiento legal y la responsabilidad corporativa de BAYER AG;

[http://www.bayer.es/ebbsc/export/sites/es\\_internet/es/\\_galleries/otros/compliance\\_espanol.pdf](http://www.bayer.es/ebbsc/export/sites/es_internet/es/_galleries/otros/compliance_espanol.pdf)

B) Nacionales

INSTITUTO DE DERECHO PENAL EUROPEO E INTERNACIONAL, Universidad de Castilla la Mancha

<http://www.cienciaspenales.net>

- ZAFFARONI, E. R., *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*;

[http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp\\_docs/doctrinas/la%20globalizacion%20y%20las%20actuales%20orientaciones%20de%20politica%20criminal%20zaffaroni.pdf](http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/la%20globalizacion%20y%20las%20actuales%20orientaciones%20de%20politica%20criminal%20zaffaroni.pdf)

INEP Instituto Nacional de Estudios Políticos

<HTTP://WWW.INEP.ORG/>

- MAQUIAVELO, N., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*;  
<http://manual.inep.org/adicional/Discursos.Maquiavelo.pdf>

#### TI (Transparencia Internacional)

<http://www.transparencia.org.es>

- *Posición y consideraciones de Transparencia Internacional España sobre la nueva Ley de Transparencia (Publicada en el BOE el 10-12-2013)*;  
[http://webantigua.transparencia.org.es/ley\\_de\\_transparencia/posicion\\_ti-e\\_sobre\\_nueva\\_ley\\_transparencia.pdf](http://webantigua.transparencia.org.es/ley_de_transparencia/posicion_ti-e_sobre_nueva_ley_transparencia.pdf)
- *Resultados de los índices globales de corrupción de 2013*;  
<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>

#### FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

<https://www.fiscal.es>

- *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012*;  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ME\\_MFIS12.PDF?idFile=49a61d1a-4554-4195-be6f-a142f56ae4a2](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ME_MFIS12.PDF?idFile=49a61d1a-4554-4195-be6f-a142f56ae4a2)
- *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2013*;  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ME\\_MFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ME_MFIS13.pdf?idFile=c537ac46-94ee-42d8-b6de-2d4e362f9740)
- *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014*;  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ME\\_MFIS14.pdf?idFile=dd3ff8fc-d0c5-472e-84d2-231be24bc4b2](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ME_MFIS14.pdf?idFile=dd3ff8fc-d0c5-472e-84d2-231be24bc4b2)



- *Circular 1/2005 sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte);*  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/circular1-05.pdf?idFile=9eab261a-b971-4475-9375-f3d8ce555658](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular1-05.pdf?idFile=9eab261a-b971-4475-9375-f3d8ce555658)
- *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010;*  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2012\\_vol1\\_circu\\_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f)
- [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR%201.2011%20PERSONA%20JUR%C3%8DDICA%20DEFINITIVA.pdf?idFile=e28272cb-5b4f-47d5-a4ec-3854aea806e3\(26/09/2015\)](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201.2011%20PERSONA%20JUR%C3%8DDICA%20DEFINITIVA.pdf?idFile=e28272cb-5b4f-47d5-a4ec-3854aea806e3(26/09/2015))

Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

<http://www.consejodetransparencia.es>

RECPC (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología)

<http://criminet.ugr.es/recpc/>

- HEFENSDEHL, R, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de Riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y bienes de peligro abstracto;*  
[http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-14.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf)
- CUGAT MAURI, M., *El tráfico de influencias. un tipo prescindible*, 2014, nº 16-07, pp. 007:5 y 07:7; <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-07.pdf>

INDRET Penal, Revista para el Análisis del Derecho

[http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/)

Diario La Ley

<HTTP://DIARIOLALEY.LALEY.ES>

- MIR PUIG, C., *El delito de cohecho en la reforma del CP*;  
[http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAA  
AAAAEAO29B2AcSZYlji9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mk  
uwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZ  
kAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/IorZ7LOnb3bo2b1/f3fn4Bde5nVTVMvP  
9nZ2d3fuyQf+fXTavrmepV/dp6VTf7/AMMR5mk1AAAAWKE](http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAA<br/>AAAAEAO29B2AcSZYlji9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mk<br/>uwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZ<br/>kAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/IorZ7LOnb3bo2b1/f3fn4Bde5nVTVMvP<br/>9nZ2d3fuyQf+fXTavrmepV/dp6VTf7/AMMR5mk1AAAAWKE)

EL DERECHO. COM, LEFEBRE-EL DERECHO

- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Lefebvre- El Derecho, publicado el 27/07/2015;  
[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Responsabilidad-penal-  
personas-juridicas\\_11\\_843055003.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Responsabilidad-penal-<br/>personas-juridicas_11_843055003.html)
- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.; JAÉN VALLEJO, M.; MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ PRADO, C.; PERRINO PÉREZ, A., *La reforma del Código Penal. Parte General*;  
[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-  
Parte-General\\_11\\_801055002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-<br/>Parte-General_11_801055002.html)

Universidad de Santiago de Compostela, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995*

<http://hdl.handle.net/10347/4114>

BOE (Boletín Oficial del Estado)

[HTTP://BOE.ES/](http://boe.es/)

- DELGADO GIL, A., *Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública;*
- [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-200910035700424\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES Sobre el bien o bienes jur%EDdicos protegidos en los denominados delitos contra la Administraci%F3n\\_p%FAblica](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-200910035700424_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Sobre_el_bien_o_bienes_jur%EDdicos_protegidos_en_los_denominados_delitos_contra_la_Administraci%F3n_p%FAblica)

SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, GOBIERNO DE ESPAÑA

<http://www.comercio.mineco.gob.es/>

- *Convenio OCDE de lucha contra la corrupción;*  
<http://www.comercio.mineco.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion/Paginas/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion.aspx>

Diccionario de la Lengua Española - RAE (Real Academia Española de la Lengua)

<http://lema.rae.es/drae/>

- *Indebido*; <http://lema.rae.es/drae/?val=indebido>
- *Corrupción*; <http://lema.rae.es/drae/?val=corrupci%C3%B3n>

#### Universidad Complutense de Madrid

<http://www.ucm.es>

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; MARTÍN LORENZO, M.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., *Derecho Penal, Introducción teoría jurídica del delito, Materiales para su docencia y arbitraje*; [http://eprints.ucm.es/16044/2/DERECHO\\_PENAL\\_MATERIALES\\_PARA\\_SU\\_DOCENCIA\\_Y\\_APRENDIZAJE.pdf](http://eprints.ucm.es/16044/2/DERECHO_PENAL_MATERIALES_PARA_SU_DOCENCIA_Y_APRENDIZAJE.pdf)

#### EL MUNDO

Caso de sobornos de SIEMENS a funcionarios públicos en Argentina;  
<http://www.elmundo.es/america/2011/12/13/economia/1323799595.html?a=a4cb5be5cdb20a9b2f10e6b8c7a1d217&t=1323806396&numero=>

#### EL PAÍS

[http://internacional.elpais.com/internacional/2011/12/13/actualidad/1323807369\\_364426.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2011/12/13/actualidad/1323807369_364426.html)

LA VANGUARDIA

<http://www.lavanguardia.com/economia/20151001/54437789523/ex-alto-cargo-de-siemens-en-argentina-se-declara-culpable-de-soborno-en-ee-uu.html>

